Het herroepen en vervallen van uiterste wilsbeschikkingen, volgens het Nederlandsche burgerlijke recht

P. M. F. VERHOEFF.

HET HERROEPEN EN VERVALLEN

VAN

UITERSTE WILSBESCHIKKINGEN,

volgens het Nederlandsche Burgerlijke recht.

HET HERROEPEN EN VERVALLEN

VAN

UITERSTE WILSBESCHIKKINGEN,

VOLGENS HET NEDERLANDSCHE BURGERLIJKE RECHT.

diss Utrecht 1876.

HET HERROEPEN EN VERVALLEN

VAN

UITERSTE WILSBESCHIKKINGEN,

volgens het Nederlandsche Burgerlijke Recht.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT,

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

Doctor in het Romeinsch en Hedendaagsch Recht,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

Dr. H. VAN HERWERDEN,

GEWOON HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER WIJSBEGEERTE EN LETTEREN,

MET TOESTEMMING VAN DEN ACADEMISCHEN SENAAT

EN

VOLGENS BESLUIT DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT,

AAN DE HOOGESCHOOL TE UTRECHT

TE VERDEDIGEN

op Vrijdag den 22 December 1876, des namiddags te 3 uren

DOOR

PIETER MARIUS FRANÇOIS VERHOEFF,

GEBOREN TE SLUIS (ZEELAND).

UTRECHT — KEMINK & ZOON — 1876.

AAN MIJNE OUDERS.

INHOUD.

		Blz.
Hoofdstuk I.	Inleiding. — Romeinsch en Fransch Recht.	1
„ II.	Het Herroepen van Uiterste Wilsbeschikkingen volgens het Nederlandsche Burgerlijke Recht	31
	a. Uitdrukkelijke herroeping . . .	33
	b. Stilzwijgende herroeping . . .	54
„ III.	Het Vervallen van Uiterste Wilsbeschikkingen.	88
„ IV.	Vervallenverklaring	119
„ V.	Het Recht van Aanwas.	128
Stellingen		151

HOOFDSTUK I.

Inleiding. — Romeinsch en Fransch Recht.

„Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum" [1]). Dit uit het Romeinsche recht overgenomen beginsel heeft steeds eene groote beteekenis gehad in het erfrecht, en meer bepaaldelijk in de leer der uiterste wilsbeschikkingen. De wil van den mensch, die zoo menige rechtsbetrekking doet geboren worden en te niet gaan, verandert telkens onder den invloed der omstandigheden, en die veranderingen blijven meestal niet zonder invloed op wat door hem in het leven is geroepen. Zoo althans is het in het testamentaire erfrecht. De eenzijdige wilsverklaring, door

1) L. 4. D. de admin. vel. transfer. leg. (XXXIV, 4).

den erflater in het testament uitgesproken, kan juist, omdat zij eenzijdig is, zoolang het leven voortduurt, herroepen worden. Dat beginsel geldt, niet minder dan in het Romeinsche, ook in ons recht. Dit blijkt reeds uit de begripsbepaling van den uitersten wil, die de wetgever in art. 922 van het Burgerlijk Wetboek gegeven heeft: „Een testament of uiterste wil is eene akte, houdende de verklaring van hetgeen iemand wil, dat na zijnen dood zal geschieden, en welke akte door hem kan worden *herroepen*." — In duidelijke bewoordingen wordt hier de bevoegdheid gegeven om de uiterste wilsverklaring terug te nemen, en haar daardoor het karakter van *uiterste* wilsverklaring te ontnemen. De wijze, waarop van die bevoegdheid gebruik kan worden gemaakt, wordt vervolgens in eene bizondere afdeeling van den Titel der uiterste willen (II. 12. 9; artt. 1039 v.) vrij uitvoerig behandeld.

Het is dit, naar ons oordeel, gewichtig onderdeel van het testamentaire erfrecht, waarvan wij in de volgende bladzijden een beknopt overzicht wenschen te geven. Natuurlijk zullen wij ons daarbij bepalen tot het Nederlandsche recht, hetwelk echter, zooals niet behoeft gezegd te worden, alleen in verband met het Fransche, dat er ten grondslag aan ligt, gekend kan worden. Terwijl wij de be-

palingen onzer wet dus voornamelijk uit het recht van den Code Napoleon zullen toelichten, zullen wij toch, ook tot recht verstand weder van dit laatste, vooraf een blik dienen te slaan op de geschiedenis van ons onderwerp in het Romeinsche recht. Dat recht heeft wel is waar bij ons alle wettelijk gezag verloren, nadat het was afgeschaft door het bekende Besluit van 24 Februari 1809, waarbij het Wetboek Napoleon, ingericht voor het Koninkrijk Holland, hier werd ingevoerd, en nadat deze afschaffing bekrachtigd werd door art. 1 der afschaffingswet van 16 Mei 1829 (Stb. n°. 33), maar toch is het van het hoogste belang na te gaan, hoe een instituut van dat recht, dat, al zij het dan ook niet rechtstreeks, daaruit in het onze is overgegaan, zich heeft ontwikkeld. Zooals men tot eene grondige kennis, van welke zaak ook, tot haren oorsprong moet teruggaan, zoo is het, inzonderheid bij een rechtsinstituut, noodig, dat men het „in den grond van zijn bestaan, in de eerste kiemen van zijne wording" naga.

Van de eerste tijden af gaf het Romeinsche recht den erflater groote vrijheid bij de beschikking over zijne goederen bij uitersten wil. Den wil van den overledene beschouwde men met een' zekeren eer-

bied, en het was de eerste plicht van zijne erfgenamen, eene juiste en volkomene uitvoering te geven aan de voorschriften en opdrachten, welke den laatsten wil van den erflater uitmaakten. In de Lex Decemviralis (Tabula V) stond reeds geschreven: „Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto", en uit de uitspraken der Romeinsche Juristen blijkt ten duidelijkste, hoezeer de laatste wil van den overledene in eere werd gehouden en de wet daaraan hare bescherming verleende.

„Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit" [1]). In deze definitie van den uitersten wil blijkt uit de woorden „voluntatis nostrae justa sententia", dat het Romeinsche recht de voluntas als den grond van het testamentaire erfrecht beschouwt. Over de herroepelijkheid van deze voluntatis sententia wordt hier echter niets gezegd, en nergens elders is aan de testamenti revocatio eene stelselmatige behandeling gewijd. Toch komen daarover hier en daar belangrijke voorschriften voor.

Dezelfde vrijheid, die er bij het verklaren van den uitersten wil gelaten werd, werd gelaten bij het herroepen der wilsverklaring, en al bleef die

---

1) L. 1. D. qui test. facere possint. (XXVIII, 1).

herroeping, even als de verklaring zelve, aan vaste regelen gebonden, toch toonen al de wettelijke voorschriften, die hierover gegeven zijn, ten duidelijkste, dat de wil van den testator als wet gold.

Hij, die anderen het maken of veranderen van een testament belette, of in de uitoefening van deze vrijheid belemmerde, werd zelfs gestraft. De Constitutio Divi Hadriani [1]) bepaalde namelijk, dat hij, die iemand het maken of herroepen van zijnen uitersten wil belet had, de actie tot verkrijging van het voordeel, hetwelk hij daardoor hoopte te erlangen, zou verliezen, en dat de erfenis aan de schatkist vervallen zou. Eveneens bepaalde Justinianus [2]), dat alle magistraten en rechters, die mochten hebben belet, dat testamenten gemaakt of veranderd werden, in duplum veroordeeld en in ballingschap gezonden zouden worden. Het blijkt dus dat de Romeinen niet uit het oog verloren, dat de wil van den mensch tot aan zijnen dood toe veranderlijk is.

De herroepelijkheid der uiterste wilsverklaring werd als zoo essentieel beschouwd, dat men zelfs zich zelven in dit vermogen om te herroepen niet mocht beperken, noch daarvan afstand doen

---

1) L. 1. D. Si quis aliquem testari prohibuerit vel coëgerit. (XXIX, 6).

2) Nov. 134. cap. 3.

kon [1]). Verklaarde dus de testator in zijn testament dat hij zijne wilsverklaring niet zou veranderen, of althans niet dan onder zekere omstandigheden daarin verandering zoude brengen, dan was hij hierdoor geenszins gebonden en behield hij toch het recht zijnen uitersten wil te veranderen, of een' anderen geldigen uitersten wil te maken. „Nemo," zegt Pomponius in L. 55 D. de legatis I (xxx), „potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant"; en ook Hermogenianus verklaart in L. 22 D. de legatis III (xxxii): „Nemo potest sibi testamento eam legem dicere, ut a priori ei recedere non liceat." Deze beide uitspraken verbieden dus het onherroepelijk maken van het testament, hetzij door een' eed, hetzij door eene zoogenaamde Clausula derogatoria [2]). Deze laatste was eene bepaling, waardoor de testator zijne toekomstige beschikkingen vooruit ongeldig verklaarde [3]). Hij maakte derhalve door zulk eene clausula zijn' tegenwoordigen uitersten wil onveranderlijk, hetzij voor altijd (zóó namelijk, dat deze alleen en bij

---

1) Zie Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, § 564; Puchta, Pandecten, § 484; Unger, Das österreichische Erbrecht, § 24.

2) Unger, t. a. p. § 24.

3) In soortgelijken zin leest men bij Justinianus dikwijls: hac lege perpetuum valitura sancimus enz.

uitsluiting van alle latere kracht en gevolg zoude hebben), hetzij slechts veranderlijk onder zekere voorwaarde, (zóó namelijk, dat geen uiterste wil, dien hij later mocht maken, geldig zou zijn, tenzij daarin zekere in de clausula aangewezene zinsnede voorkwam). Men wilde hierdoor een' waarborg geven, dat zij, die wellicht niet bestand zouden zijn tegen den invloed van anderen, er niet toe zouden gebracht worden hunnen waren wil te veranderen, en een' anderen te verklaren, die eigenlijk niet de ware wil was. Het was echter een verkeerd middel. De mogelijkheid bestond toch, dat men bij het maken van den lateren wil de bepaalde zinsnede vergat en daardoor dien lateren wil ongeldig maakte, ofschoon hij toch de volledige uitdrukking van den waren wil van den testator was. Langzamerhand kwam men er dan ook toe dergelijke clausulae als niet geschreven te beschouwen. De testator was er niet door gebonden, en, zooals wij later zien zullen, de vroegere uiterste wil verloor ipso jure zijn kracht door het aanwezig zijn van een' lateren, geldigen uitersten wil. Ook in het Oud-Fransche recht waren dergelijke Clauses dérogatoires vroeger in zwang, maar ook daar zag men spoedig het verkeerde er van in, en daarom werden zij nietig verklaard door de Ordonnantie van 1735.

Oorspronkelijk kon men, volgens het Romeinsche recht, een testament slechts herroepen door het maken van een ander testament. Hierbij kwam later de herroeping door vernietiging van het schriftelijke testament, en ten tijde van Justinianus ontstonden de zoogenaamde revocatio verbalis en nog andere wijzen van herroeping, welke wij hierna kortelijk zullen bespreken.

Zooals wij reeds hier boven hebben gezegd, vinden wij echter noch in de Instituten, noch elders een hoofdstuk, dat bepaaldelijk aan de testamenti revocatio is gewijd.

Het zou ongerijmd zijn hieruit af te leiden, dat men dit onderwerp van weinig gewicht achtte. Bij eene nauwkeurige beschouwing toch valt het in het oog, dat het tegendeel waar was. In het Tweede Boek der Instituten komt een Titel voor (XVII), die ten opschrift heeft: „Quibus modis testamenta infirmantur", en hierin is het ongeldig worden van een testament, ten gevolge van den veranderden wil, of met andere woorden de testamenti revocatio, mede begrepen.

„Testamentum jure factum usque adeo valet, donec rumpatur irritumve fiat" [1]). Een volkomen

---

1) Inst. quibus modis test. infirm. (II, 17). Zie Müller, Lehrbuch der Institutionen, § 195.

geldig testament verliest dus zijn kracht door dat het ruptum of irritum wordt [1]). „Posteriore testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur" [2]). Men houde in het oog, dat dit jure perfectum geldt voor iedere soort van testamenten, en dus voor de zoogenaamde testamenta minus solemnia of bevoorrechte testamenten evenzeer, als voor de solemnia of gewone. Het vorige testament wordt dus ipso jure krachteloos door het enkel aanwezig zijn van een later geldig testament; het behoeft geene uitdrukkelijke herroeping te bevatten. De testator heeft door het maken van een nieuw testament te kennen gegeven, dat zijn wil is veranderd, en hij dus de vroegere verklaring van zijnen wil niet langer wil laten gelden. Het nieuwe testament moet echter jure perfectum zijn, d. i. voldoen aan de eischen, die de wet voor een geldig testament stelt, daar het anders niet als testament kan worden beschouwd, en dus ook niet de herroeping van een vroeger testament kan ten gevolge hebben, al bevat het

---

1) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 563 n. 10: „Das durch Willensänderung ungültig gewordene Testament wird in den Quellen speciell testamentum ruptum genannt."

2) § 2. Inst. ibid.; Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, § 460. Zie ook Windscheid, t. a. p. § 564.

ook eene verklaring, geheel tegenstrijdig aan die, in het vroegere testament vervat. Eene tegenstrijdige verklaring alleen is dus niet voldoende om een van rechtswege geldig testament krachteloos te maken. „Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere," [1]) of, zooals Donellus het uitdrukt: „Voluntate testatoris nuda nunquam testamentum infirmatur, quantumvis ille testator dixerit se testamentum, quod fecit, valere nolle. Nuda voluntate non constituitur testamentum: proinde nec nuda voluntate tolletur" [2]).

Het is echter een betwist punt, of een testament krachteloos werd gemaakt, wanneer de testator in tegenwoordigheid van zeven getuigen verklaarde, dat hij zijn testament herriep, en intestatus wilde sterven. Sommige interpretes, zooals Huber [3]) en Voet [4]), meenen deze vraag in bevestigenden zin te moeten beantwoorden, omdat het billijk is, zooals zij zeggen, dat men op dezelfde wijze iets kan opheffen, als men het heeft daargesteld; zij beroepen

---

1) § 7. Inst. ibid.

2) Donellus, Comm. l. 6, Cap. 16, n° 3.

3) Huber, in praelect. ad tit. Inst. quibus modis test. infirm. n° 7 sqq.

4) Voet. ad Pandect., tit. de inj. rupt. irrit. facto test. n° 1.

zich ook hier op den regel: „nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est" [1]). Ook gronden zij hun gevoelen op de fictie, dat de testator op deze wijze de erfgenamen, die volgens de wet tot zijne erfenis geroepen worden, als het ware schijnt in te stellen. Wij kunnen in dit gevoelen niet deelen, want al blijft het waar, dat een testament, hetwelk geheel aan de wettelijke voorschriften voldoet, op dezelfde wettelijke wijze, als waarop het gemaakt is, kan worden vernietigd, toch stelt de wet als eerste vereischte voor een testament, wil het als zoodanig geldig zijn, dat het eene heredis institutio bevatte. Deze heredis institutio was het „caput et fundamentum testamenti;" er mocht zelfs niets aan voorafgaan, en indien zij verviel, dan verviel alles met haar [2]). Hier ontbreekt dit vereischte echter geheel, en daarom kan zulk eene verklaring nimmer als een testament worden beschouwd en dus ook geen vroeger testament krachteloos maken. Wil de testator, na eerst een testament gemaakt te hebben, later liever intestatus sterven, dan kan hij immers zijn testament vernietigen, hetwelk eene herroeping door de daad is.

---

1) Ulpianus, l. 35 D. de Reg. Jur. (L. 17). Zie Vangerow, t. a. p. § 460.

2) Zie Müller, t. a. p. § 184.

Anders was het, wanneer de testator in tegenwoordigheid van zeven getuigen zijn testament herriep, en een' anderen in plaats van den in het testament genoemden tot zijnen erfgenaam benoemde. In dit geval werd de vroegere testamentaire beschikking zonder twijfel krachteloos, maar dit geschiedde niet door deze verklaring in tegenwoordigheid van zeven getuigen, maar door de mondelinge instelling van eenen anderen erfgenaam, d. i. door een nuncupatief testament.

In eene Constitutie van Justinianus [1]) lezen wij: „Sin autem testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestaverit, et decennium fuerit emensum, tunc irritum est testamentum tam ex contraria voluntate quam ex cursu temporali" [2]). Ook hieruit, dat er hier sprake is van het geval, dat de herroeping „per testes idoneos non minus tribus" geschiedt, hebben sommigen gemeend te kunnen afleiden, dat eene tegenstrijdige wilsverklaring in tegenwoordigheid van meer dan drie, ten minste van vijf of zeven, getuigen gedaan, volgens de be-

---

1) L. 27. C. de test. (VI, 23).

2) Zie hierover Puchta, t. a. p. § 484.

doeling van den Imperator, als in allen deele geldig moet beschouwd worden (ook al zijn er nog geen tien jaren sinds het maken van het testament verloopen [1]), zoodat daardoor het vorige testament krachteloos gemaakt wordt. Ik geloof echter, dat wij ons moeten scharen aan de zijde van hen, die meenen, dat dit geenszins de bedoeling van den Imperator is geweest. Uit de woorden „non minus tribus" meenen wij juist te moeten besluiten, dat de zin der Constitutie deze is: dat tot de geldigheid van eene tegenstrijdige wilsverklaring, en opdat zij na verloop van tien jaren een vroeger testament krachteloos make, de tegenwoordigheid van ten minste drie getuigen vereischt wordt, en dat men verder, wat het aantal der getuigen betreft, geheel vrij is, zoo er maar nooit minder dan drie aanwezig zijn. Men kan er vijf, zeven of meer getuigen bij tegenwoordig doen zijn, het aantal is geheel naar willekeur [2]). Wanneer het bovenvermelde gevoelen juist ware, dat eene eenvoudige verklaring in tegenwoordigheid van meer dan drie getuigen voldoende was om een testament te herroepen, zou het zeer vreemd zijn, dat eene bepaling van zooveel gewicht nergens elders vermeld

---

1) Zie beneden, bladz. 14.

2) Windscheid, t. a. p. § 564. n° 2.

wordt. Bovendien moet men in het oog houden, dat het voornaamste doel van Justinianus met deze Constitutie niet was om aan eene eenvoudige herroeping van testamenten in tegenwoordigheid van getuigen kracht toe te kennen, maar om eene vroegere Constitutie, waarmede hij zich niet kon vereenigen, op te heffen. Ik bedoel de hier volgende:

„Impp. Honorius et Theodosius A. A. Palladio Praef. Praet.

Ne quis post diem mortis scriptis ante decennium testamentis praestetur assensus, nullisque penitus viribus scriptura hujusmodi, tempore antiquata, taxetur, praesertim quum, si voluntas continuata perstiterit, brevis mora sit, recentibus vetustatem innovare temporibus. Vix enim fieri potest, ut per haec tempora, quae fidei amore contraximus, omnem testium conscientiam mors conjurata surripiat, et revera nefas est, ut antiquae deliberationis ordinatio voluntas postrema dicatur" [1]).

Volgens deze Constitutie verloor dus een testament na tien jaren ipso jure zijn kracht, zonder dat er op gelet werd, of de wil van den testator in dien tijd veranderd was. Men was dus genoodzaakt na tien jaren nogmaals zijnen wil te verkla-

---

1) Const. 6. C. Theod. IV. 4. Zie ook over deze Constitutie Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-rechts, Th. 38, § 1429.

ren, zoo men niet intestatus wilde sterven. Als grond van deze bepaling wordt aangevoerd, dat er wellicht na tien jaren niet één getuige meer aanwezig zal zijn, die het bestaan of den inhoud van het testament zoude kunnen bewijzen. Het schijnt echter dat Justinianus deze Constitutie als onbillijk heeft afgekeurd. Hoe kon men toch uit het enkel tijdsverloop van tien jaren afleiden, dat de wil van den testator veranderd was, en op grond daarvan aannemen, dat het testament krachteloos werd? Toch scheen de inhoud der Constitutie tot deze gevolgtrekking te leiden, en daarom gaf Justinianus de zijne, die het door Honorius gegeven voorschrift geheel afschafte. „Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo patimur modo, prioribus constitutionibus, quae super huiusmodi testamentis evacuandis latae fuerant, penitus antiquandis. Dat. XV Kal. April. Constantinop. Lampadio et Oreste VV. C. C. Conss" [1]).

Tot eene herroeping in tegenwoordigheid van minstens drie getuigen werden dus door den Imperator twee vereischten gesteld, eene tegenstrijdige wilsverklaring en een bepaald tijdsverloop, zooals de Constitutie met ondubbelzinnige woorden zegt:

1) L. 27. C. de test. (VI. 23).

„tam ex contraria voluntate quam ex cursu temporali." Wanneer derhalve de erflater op de hierboven genoemde wijze zijn testament had herroepen, maar, voordat er tien jaren sedert het maken van dat testament verloopen waren, kwam te overlijden, dan was, naar deze Constitutie van Justinianus, de herroeping niet van kracht, en bleef het vroegere testament gelden, tenzij er een later geldig testament werd gevonden.

Wanneer een later testament buiten gevolg blijft wegens het verwerpen der nalatenschap door den ingestelden erfgenaam, of door dat hij vóór den testator sterft, of onbekwaam wordt, of omdat de voorwaarde, waaronder de erfstelling is gedaan, onvervuld blijft, dan blijft toch het herroepen vroegere testament krachteloos en herleeft niet; de regel „posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur," behoudt ook hier zijn volle kracht. „Nec interest extiterit aliquis heres ex eo, an non: hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut conditione sub qua heres institutus est defectus sit, in his casibus paterfamilias intestatus moritur: nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius aeque nullas

habet vires, cum ex eo nemo heres extiterit" [1]). Zulk een testament noemde men „destitutum" [2]).

Het nieuwe testament levert het bewijs, dat de testator heeft gewild, dat zijn vroeger testament niet langer zal gelden. Dat het nieuwe testament nu buiten gevolg blijft door redenen, geheel onafhankelijk van den testator zelven, geeft geenszins grond om te vermoeden, dat deze heeft gewild, dat in dit geval zijn vroeger testament weder als zijn uiterste wil zal beschouwd worden. Zoodra het nieuwe testament bestond, was het vroegere niet meer de uitdrukking van zijnen wil en kon dat ook niet meer worden; was dit de wensch van den testator, dan kon hij wederom een' anderen uitersten wil maken van denzelfden inhoud als den herroepenen. Het zou dus ongerijmd zijn het vroegere testament te doen herleven; het blijft zonder kracht en gevolg wegens het bestaan van het latere testament, terwijl dat latere eveneens geen gevolg heeft. De slotsom is alzoo, dat er geene testamentaire beschikking is, en dus de heredes ab intestato optreden. „Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non

---

1) § 2. Inst. quibus modis test. infirm. (II, 17).

2) Müller, t. a. p. § 195; Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. § 459.

jure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit" [1]).

Wanneer de testator zijn later testament vernietigt met het doel om zijn vroeger testament weder te doen gelden, blijft, volgens streng civiel recht, dat vroegere testament toch ongeldig. De Praetor gaf echter aan de daarin gestelde erfgenamen de bonorum possessio secundum tabulas [2]); op deze wijze werd toch aan den wil van den testator voldaan. Wij kunnen dus met andere woorden zeggen, dat een vroeger testament, door een later testament zijn kracht verloren hebbende, weder uitwerking krijgt, wanneer de testator dat latere testament vernietigt met het doel om het vroegere weder geldig te maken.

Uit dit alles blijkt, dat men ten tijde van Justinianus twee wijzen van herroepen had, eene revocatio *verbalis* en *realis*. De revocatio was verbalis, wanneer de herroeping tot stand kwam door eene wilsverklaring, dat de testator zijn testament niet langer wilde doen gelden, terwijl zij realis was, wanneer men de herroeping uit eene daad moest afleiden, b. v. uit het maken van een nieuw testament of de vernietiging van het be-

---

1) Inst. de heriditatibus, quae ab. intestato. deferuntur. (III, 1).

2) Zie Puchta, t. a. p. § 451.

staande. Men leide hieruit niet af, dat de facultas testamenti revocandi in het Romeinsche recht beperkt was: integendeel, zij is altijd ruim gebleven, maar men moest bij het herroepen den wettigen weg inslaan; reeds Theophilus zeide: „legitime enim facta, legitime subverti debent" [1]).

In den tijd vóór de invoering van den Code Napoleon was Frankrijk, waarheen wij nu den blik wenden, wat het recht betrof, in twee deelen verdeeld, het Noordelijke gedeelte, dat men le pays du droit coutumier noemde, en het Zuidelijke gedeelte, dat onder den naam van le pays du droit écrit bekend was. Op deze beide rechten, met andere woorden op het Gewoonterecht en het Romeinsche recht heeft de Fransche wetgever bij het ontwerpen van zijn wetboek voornamelijk het oog gehad, zooals ook bij de leer „de la Révocation des Testaments" duidelijk te bespeuren is.

Onze wetgever heeft op zijn beurt in het algemeen en ook in de afdeeling, waarin de herroeping van uiterste willen wordt behandeld, veel overgenomen uit den Code Napoleon; doch door de veelvuldige en belangrijke veranderingen en bij-

1) Theophilus in Paraphrasi ad § 7 Inst.

voegingen, welke hij gemaakt heeft, is ons wetboek ook hier vollediger dan het Fransche, al blijft ook dit nog op menige vraag het antwoord schuldig.

Eene vergelijking van de Fransche leer der herroeping van uiterste willen met die van ons wetboek is echter niet mogelijk, indien men geen acht geeft op het verschil tusschen de hoofdbeginselen van het erfrecht in beide wetgevingen. Daarom over dit laatste een woord vooraf.

In het Fransche recht treden, volgens den regel „le mort saisit le vif," de wettelijke erfgenamen, dat zijn degenen, die den erflater het naast in den bloede bestaan, van rechtswege in het bezit van de goederen, rechten en rechtsvorderingen, die de erflater bij zijn overlijden nalaat. „Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du defunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession" [1]).

Héritiers zijn alleen de wettelijke erfgenamen, terwijl zij, die door den erflater bij uiterste wilsbeschikking tot de geheele nalatenschap of tot een evenredig gedeelte daarvan geroepen worden, met den naam van *Légataires universels* of *à titre universel* worden aangeduid. Zij eindelijk, aan wie eene bizondere zaak is toegekend, zijn *Légataires*

---

1) Art. 724 C. C.

particuliers. Alle dezen volgen niet van rechtswege den erflater op, maar moeten de possessio rerum van de wettelijke erfgenamen vorderen [1]). Deze laatsten zijn dus, al leveren zij niet den allerminsten waarborg op voor het behoud der goederen, die de nalatenschap uitmaken, tot het bezit des boedels gerechtigd, en zijn slechts gehouden daarvan geheel of gedeeltelijk afstand te doen aan hen, die op grond van eene uiterste wilsbeschikking de atgifte mogen vorderen. De eenige voorzorg, welke de testamentaire erfgenamen tot zekerheid van het hun toegekende kunnen nemen, is het vragen van verzegeling, wat echter maar al te dikwijls te laat komt.

De Nederlandsche wetgever kent eveneens, in art. 880 B. W., aan de erfgenamen bij versterf van rechtswege het bezit der erfenis toe, maar in tegenoverstelling van den Code stelt hij de testamentaire erfgenamen op dezelfde lijn met de wettelijke. „Bij het overlijden van den erflater treden van rechtswege in het bezit van de nagelatene goederen, zoowel de bij uitersten wil benoemde erfgenamen, als degenen, aan wie de wet een gedeelte in de nalatenschap toekent." — De testamentaire erfgenamen hebben dus hier meerdere zekerheid, dat hun het hun

1) Zie artt. 1004 en 1005 C. C.

bij uitersten wil vermaakte niet kan ontgaan, en zij zijn gehouden aan de legatarissen het hun toegekende uit te keeren. Mocht er eenig geschil ontstaan, wie erfgenaam is en alzoo tot het bezit der erfenis bevoegd, dan wordt de zekerheid van behoud der erfenis daardoor niet verminderd, daar de rechter in dit geval kan tusschenbeiden komen en bevelen, dat de goederen, waarover geschil ontstaan is, onder gerechtelijke bewaring worden gesteld [1]). Ook in de benamingen wijkt het Nederlandsche erfrecht af van het Fransche. Hetzij men ab intestato of wel bij uiterste wilsbeschikking tot de geheele of gedeeltelijke erfenis geroepen wordt, in beide gevallen wordt men *Erfgenaam* genoemd; terwijl allen, aan wie bepaalde goederen, of wel alle goederen van eene bepaalde soort, zooals b. v. alle de roerende of alle de onroerende, gemaakt zijn, den naam van *Legatarissen* dragen. En opdat de wil des erflaters niet, tengevolge van eene verkeerde benaming, door hem gebezigd, zoude miskend worden, heeft onze wet in art. 923 uitdrukkelijk bepaald: dat iedere beschikking, hetzij dezelve gedaan is onder den naam van erfstelling, hetzij onder dien van legaat of eenige andere benaming, van kracht zal zijn, volgens de regelen van den

---

1) Zie art. 1003 B. W.

Titel, waarin de leer der uiterste willen wordt uiteengezet.

Wat nu meer bepaaldelijk ons onderwerp betreft, bestaat er, even als in het Romeinsche, ook in het Fransche recht eene groote vrijheid om over zijne goederen bij uitersten wil te beschikken. „Toute personne pourra disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté" [1]). Deze bevoegdheid wordt dus aan allen zonder onderscheid toegekend, voor zooverre de wet hen niet bij name uitsluit, zooals b. v. „le mineur âgé de moins de seize ans", of hem, die niet is „sain d'esprit" [2]). De wet schrijft de vormen voor, waaronder men zijnen uitersten wil kan verklaren. „Un testament pourra être olographe, ou fait par acte public, ou dans la forme mystique" [3]). Behalve deze heeft men nog die bizondere vormen, in sommige omstandigheden geoorloofd, die in het Romeinsche recht met den naam van testamenta minus solemnia werden aangeduid [4]). In het kiezen van den vorm is men ge-

---

1) Art. 967 C. C.

2) Art. 901 C. C.

3) Art. 969 C. C.

4) Zie b. v. art. 981 C. C.

heel vrij, tenzij waar de wet met het oog op bepaalde personen of omstandigheden een' zekeren vorm voorschrijft. Zoo kunnen b. v. zij, die niet kunnen lezen of zien, geen mystiek testament maken [1]), en ditzelfde zal ook wel voor het olographisch testament het geval zijn. Dooven, stommen en doofstommen, die de voorlezing van hunne uiterste wilsverklaring niet kunnen hooren, noch hun' wil onder woorden kunnen brengen, kunnen alzoo geen publiek testament maken, daar zij niet kunnen voldoen aan de voorschriften, die de Code in art. 972 geeft.

Niet minder vrijheid dan in het daarstellen van zijnen uitersten wil heeft men in het geheel of gedeeltelijk herroepen daarvan. Reeds onder het Oud-Fransche recht vinden wij bepaalde voorschriften voor het herroepen van den uitersten wil. In les pays du droit écrit, alwaar men uitging van het Romeinsche beginsel, „nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est," kon men op geene andere wijze zijne testamentaire beschikkingen herroepen, dan in denzelfden vorm, als waaronder men ze had daargesteld. In les pays du droit coutumier daarentegen, waar de voorschriften van het Romeinsche recht

---

1) Art. 978 C. C.

geen kracht van wet hadden, was men bij de herroeping van den uitersten wil aan geen' vorm gebonden. Eene eenvoudige verklaring van den erflater in een onderhandsch geschrift, door hem zelven geschreven of enkel onderteekend, was voldoende eene herroeping te bewerken. Door getuigen kon men eene herroeping niet bewijzen, omdat men het gevaarlijk achtte den laatsten wil van den erflater van hun getuigenis afhankelijk te stellen.

De Commissie, belast met het samenstellen van het ontwerp van den Code, gaf als eersten regel omtrent het herroepen van uiterste willen: „Les dispositions testamentaires sont essentiellement révocables," terwijl verder tot verduidelijking van dit hoofdbeginsel werd gezegd: „Les testaments dependent de la volonté du testateur; rien n'empêche par conséquent cette volonté de varier, et les testaments sont de leur nature révocables jusqu'à la mort, qui seule met un terme à la mobilité des volontés" [1]). De Commissie ging uit van het beginsel, dat men testamentaire beschikkingen alleen kon herroepen onder denzelfden vorm, als waaronder men ze had daargesteld. Zij redi-

1) Fenet, Travaux préparatoires du Code Civil, D. 12, bladz. 577 en 625.

geerde daarom het artikel, waarin zij het algemeene voorschrift voor de wijze van herroepen wilde geven, aldus: „Les donations testamentaires ne peuvent être révoquées en tout ou en partie, que par une déclaration du changement de volonté, faite dans l'une des formes, dans lesquelles peuvent être faites les donations à cause de mort." — In de Séance du 27 Ventôse an XI [1]), stelde de heer Tronchet als amendement op dit artikel voor, dat eene verklaring voor een' notaris eveneens voldoende zou zijn om uiterste wilsbeschikkingen te herroepen. Dit amendement werd aangenomen. In de volgende Séance, 3 Germinal an XI, stelde de heer Bigot—Préameneu eene nieuwe redactie voor: „Les testaments ne pourront être révoqués en tout ou en partie, que par un acte authentique portant déclaration du changement de volonté." Ook tegen deze redactie had men vele bezwaren, en na lange discussiën besloot men tot de redactie, die wij in art. 1035 van den Code vinden: „Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté."

Uit dit alles is het duidelijk, dat ook de Code

---

1) Tom. VI des Conférences, pag. 641.

de herroepelijkheid als eene der eerste eigenschappen van uiterste wilsverklaringen beschouwt, en reeds in art. 895, waar hij eene definitie geeft van een testament, heeft hij dan ook met ronde woorden daar aan toegevoegd: „et qu'il peut révoquer.".

Boven, bij de behandeling van het Romeinsche recht, hebben wij reeds met een enkel woord over de beteekenis der Clausula derogatoria gesproken, en gezien, dat haar spoedig alle kracht werd ontnomen, en de testator door haar geenszins gebonden was. Ook in het Oud-Fransche recht vóór den Code waren dergelijke Clauses dérogatoires een tijd lang in zwang. Wij vinden hiervan een duidelijk voorbeeld bij Ricard part. 3, n° 96: „Que s'il arrive que je fasse ci-après un autre testament que celui-ci, y étant obligé par les importunités de ceux, qui tâchent d'avoir mon bien, ce que je ne désire pas, étant raisonnable que ma soeur soit mon héritière, je veux que ce second testament soit nul, si la clause suivante n'y était inscrite toute au long: Vierge Marie, mère de Dieu, ayez pitié de moi." — Spoedig heeft men echter ook hier het gebrekkige en onvoldoende van dergelijke clauses ingezien, zoodat zij bij de Ordonnantie van 1735, die zoovele nuttige veranderingen in de wetgeving met betrekking tot de testamenten bracht, geheel nietig

werden verklaard en afgeschaft: „Abrogeons l'usage des clauses dérogatoires dans tous testaments, codicilles et autres dispositions à cause de mort; voulons qu'à l'avenir elles soient regardées comme nulles et de nul effet en quelques termes qu'elles soient conçues." — Onder den Code Napoleon komen deze clauses dus niet meer voor, en bij vele schrijvers over het Fransche recht vinden wij dan ook bij de behandeling der herroeping van uiterste willen, de nietigheid der clauses dérogatoires uitdrukkelijk vermeld; zie b. v. Duranton: „Le testament est toujours révocable, nonobstant toute déclaration à ce contraire; les clauses dérogatoires sont sans effet" [1]).

In de wijze van herroepen, die de Code voorschrijft, bemerken wij veel overeenkomst met ons Burgerlijk Wetboek; ook daar vindt men twee soorten van herroeping, eene révocation *expresse* en *tacite*. Wanneer wij de geheele leer van den Code op dit punt samenvatten, dan zien wij dat de herroeping van uiterste willen geschiedt: 1e Par un testament postérieur, pourvu qu'il soit revêtu de toutes les formes prescrites et que, considéré en lui-même, il ait pu recevoir son exécution. l'Incapacité de l'héritier ou son refus de recueillir seraient indiffé-

---

1) Duranton, Cours de droit Francais. Paris 1829, dl. IX. n. 42

rents quant à l'effet de la révocation. 2e Par un acte devant notaires portant déclaration expresse du changement de volonté. 3e Par la volonté tacite du testateur. Men moet echter in het oog houden, dat een later testament, testament postérieur, niet ipso jure een vroeger testament herroept. Men is hierin van het Romeinsche recht afgeweken, en slechts dan wordt een vroeger testament in zijn geheel door een later testament herroepen, wanneer het eene uitdrukkelijke herroeping bevat. In het tegenovergestelde geval verliezen alleen die beschikkingen haar kracht, die met de latere niet zijn overeen te brengen of daarmede strijden. „Sur la révocation," aldus lezen wij in de beraadslagingen over deze kwestie, „on s'est écarté du principe d'après lequel le testament était censé révoqué par un testament postérieur. On présumait que telle avait été l'intention du testateur. Cette présomption pouvait être contraire à la vérité. La loi ne doit établir que des présomptions certaines et infaillibles. Il est donc convenable d'exiger que le second testament contienne la déclaration précise que le testateur change de volonté" [1]). Om deze redenen besloot men tot het voorschrift van art. 1036 C. C.

---

1) Fénet. t. a. p. dl. XII. 642.

De verdere voorschriften over herroeping van niterste willen, die de Code in art. 1035—1047 geeft, zullen wij hier niet nagaan; bij de behandeling van deze leer volgens ons Burgerlijk Wetboek zal er overvloedig gelegenheid zijn, het verschil tusschen het Nederlandsche en het Fransche recht te doen opmerken. Het hierboven gezegde is voldoende om zich van het beginsel van den Code eene eenigszins juiste voorstelling te kunnen maken. Zoowel uit al hetgeen wij reeds in korte trekken hebben nagegaan, als uit hetgeen wij voornemens zijn in de volgende bladzijden te behandelen, valt het dadelijk in het oog, dat de herroepelijkheid eene onmiskenbare eigenschap der uiterste willen steeds is geweest en gebleven; het „ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum," dat de grond dezer herroepelijkheid in zich bevat, blijft eene waarheid, welke voor geene bestrijding vatbaar is.

HOOFDSTUK II.

Het herroepen van uiterste wilsbeschikkingen volgens het Nederlandsch Burgerlijk Recht.

Ook in ons Nederlandsch recht steunt de geheele leer der herroeping van uiterste wilsbeschikkingen op verandering van den wil, hetzij deze blijkt uit eene uitdrukkelijke verklaring, hetzij uit eene handeling, waaruit men de wilsverandering moet opmaken. Zooals wij reeds vroeger hebben opgemerkt, behoudt de erflater het vermogen om zijnen uitersten wil geheel of gedeeltelijk te herroepen tot aan zijnen dood, en dan eerst zal het kunnen blijken, wat de laatste wil van den overledene is geweest. Eerst na zijnen dood treedt zijn uiterste wil in werking en zijne erfgenamen erlangen dan eerst het recht, dat de erflater hun daarin heeft toegekend. Zij treden dan van rechtswege

in het bezit der nalatenschap, en zijn gehouden tot nakoming der verplichtingen, die aan hun titel van erfgenaam verbonden zijn. Dat ons Nederlandsch recht, wat de leer der herroeping betreft, in menig opzicht afwijkt van het Romeinsche recht, zullen wij wel niet bepaaldelijk behoeven aan te wijzen; reeds dadelijk valt dit in het oog, wanneer wij de vraag beantwoorden op welke wijze de herroeping kan geschieden. Terwijl wij in het Romeinsche recht zien, dat een vroeger testament ipso jure krachteloos wordt door een later testament, is dit bij ons geenszins het geval; slechts dan wordt een vroegere uiterste wil herroepen, wanneer de erflater zijnen wil hieromtrent uitdrukkelijk of stilzwijgend verklaart. Waar wij reeds in de hoofdbeginselen een zoo belangrijk verschil aantreffen, valt het niet te betwijfelen, dat wij bij eene meer nauwkeurige beschouwing herhaaldelijk groote afwijkingen zullen ontmoeten. Als wij echter het Fransche recht met het onze vergelijken, treffen wij vele punten van overeenkomst aan, ofschoon het tevens blijkt, dat het Fransche recht in volledigheid zeer bij ons Nederlandsch recht achterstaat.

Als wij een blik slaan op Titel XII, Afd. 9 van het tweede Boek van ons Burgerlijk Wetboek, waarin de wet ons hare voorschriften aangaande

de herroeping van uiterste willen geeft, dan kunnen wij de wijzen van herroeping in twee soorten splitsen, eene *uitdrukkelijke* en eene *stilzwijgende*. Uitdrukkelijk is zij, wanneer de erflater in stellige bewoordingen verklaart, dat hij zijnen uitersten wil of slechts enkele beschikkingen daarvan herroept, terwijl zij stilzwijgend is, wanneer zulk eene uitdrukkelijke verklaring ontbreekt, maar de herroeping voortvloeit uit eene andere beschikking, die met de vorige in strijd is, of uit eene daad, die tot eene wilsverandering van den erflater doet besluiten. De uitdrukkelijke herroeping kan men ook herroeping bij geschrift noemen; de stilzwijgende, in tegenoverstelling daarvan, herroeping door de daad. Wij zullen beide wijzen afzonderlijk nagaan, en de voorschriften, die de wet daaromtrent geeft, uiteen zetten.

a. Uitdrukkelijke herroeping.

In art. 1039 B. W. vinden wij het algemeene voorschrift voor de wijzen, waarop men een' uitersten wil kan herroepen. „Een uiterste wil kan, noch in zijn geheel, noch ten deele herroepen worden, dan bij eene latere uiterste wilsbeschikking, of bij eene bizondere notariële akte, waarbij

de erflater de geheele of gedeeltelijke intrekking van zijnen vroegeren uitersten wil te kennen geeft, onverminderd de bepaling van artikel 981." Er wordt hier in 't algemeen gesproken van „eenen uitersten wil," zonder dat daarbij een' bepaalde vorm wordt opgegeven; alzoo is het voorschrift van toepassing op alle uiterste willen, hetzij dezelve olographiesch, bij openbare akte, of geheim of gesloten zijn. Voor den „lateren uitersten wil," die de herroeping van den vorigen tot stand brengt, is evenmin een' bepaalde vorm voorgeschreven, en dus is men in de keuze van dezen eveneens geheel vrij. Het is dus ook geen vereischte, dat deze latere uiterste wil van denzelfden vorm als de eerste zij: zoo kan men een' uitersten wil, bij openbare akte gemaakt, herroepen in een' olographieschen of geslotenen uitersten wil, en zoo ook omgekeerd. Eveneens zijn de testamenta minus solemnia, welke de wet in art. 993—999 behandelt, voldoende tot het daarstellen van eene herroeping.

Volgens Keizerlijk Decreet van 15 Juni 1812 mocht men zelfs dezen lateren uitersten wil stellen op hetzelfde blad gezegeld papier, als den uitersten wil, dien hij betreft. De latere uiterste wil behoeft geene beschikkingen over goederen te bevatten; eene verklaring, dat de erflater zijne gemaakte beschikkingen herroept, is voldoende om de herroeping te

bewerkstelligen. Zulk eene verklaring toch in den bij de wet voorgeschrevenen vorm voldoet aan de vereischten, die de wet voor eenen geldigen uitersten wil stelt, hetwelk volgt uit de definitie, door den wetgever in art. 922 gegeven. Eene herroeping is zonder twijfel eene verklaring van hetgeen iemand wil, dat na zijnen dood zal geschieden, en derhalve een uiterste wil.

Zooals uit art. 1039 B. W. blijkt, kan men eenen uitersten wil op twee wijzen uitdrukkelijk herroepen, bij eenen lateren uitersten wil, of bij eene bizondere notariële akte. Opmerkelijk is het, dat de wetgever voor de herroeping bij eene notariële akte uitdrukkelijk bepaalt, dat de erflater daarin de geheele of gedeeltelijke intrekking van zijnen vroegeren uitersten wil moet te kennen geven, terwijl wij voor de herroeping bij eenen lateren uitersten wil eene dergelijke bepaling missen. De oorzaak hiervan is echter duidelijk. Het verschil tusschen eenen uitersten wil en de hier bedoelde notariële akte is gelegen in den vorm; tot het daarstellen der notariële akte worden minder formaliteiten vereischt. Een voornaam onderscheid, waar het hier het meest op aankomt, is ook dit, dat men in de notariële akte geene uiterste wilsbeschikkingen maken kan; alleen in eenen uitersten wil kan dit geschieden. Door in eene notariële akte

beschikkingen te maken, die met de in den uitersten wil gemaakte strijden, of niet overeen te brengen zijn, zal men dus nooit eene herroeping van de testamentaire beschikkingen kunnen te weeg brengen, daar dezelve altijd nietig zijn. Het is alzoo duidelijk, dat men in eene notariële akte alleen uitdrukkelijk kan herroepen, en de wetgever heeft dit in art. 1039 dan ook alleen maar opzettelijk vermeld, om allen twijfel buiten te sluiten. Is nu eene zoodanige herroeping slechts gedeeltelijk, dan blijven de overige beschikkingen bestaan, niet uit kracht van de notariële akte, maar uit kracht van den uitersten wil zelven; aan dezen is zijne kracht door de notariële akte geenszins ontnomen.

Uit de woorden toch van ons artikel „noch in zijn geheel, noch ten deele" blijkt, dat de herroeping geheel of gedeeltelijk kan zijn, en hieruit vloeit voort, dat men den uitersten wil geheel ongeschonden kan laten, en slechts een enkel legaat, daarin gemaakt, kan herroepen. Eene zoodanige herroeping kan natuurlijk eveneens op geene andere wijze geschieden, dan op eene der beide hierboven genoemde.

De wetgever heeft art. 1039 woordelijk uit art. 1035 van den Code overgenomen; alleen heeft hij de woorden „onverminderd de bepaling van art. 981" er aan toegevoegd. Wat hiervan de beteekenis is, zullen wij later zien.

In het Fransche recht bestond verschil van meening omtrent de vraag, of een uiterste wil herroepen wordt door eene eenvoudige, onderhandsche akte, door den erflater eigenhandig geschreven, gedagteekend en onderteekend, waarbij hij verklaart zijn' uitersten wil te herroepen, zonder dat deze akte eenige andere beschikking inhoudt. De ratio dubitandi was hierin gelegen, dat, volgens art. 895 C. C., iedere uiterste wil eene beschikking over goederen moet bevatten; daar nu in een zoodanig onderhandsch geschrift eene dergelijke beschikking geheel ontbreekt, en dit dus ook niet als een olographiesche uiterste wil kan gelden, meenden sommigen, dat men aan eene dergelijke herroeping geen kracht mocht toekennen. Men is aan dit bezwaar te gemoet gekomen, door de zaak aldus te beschouwen: Al is het waar, dat dit geschrift geene uitdrukkelijke beschikking over goederen bevat, toch geeft de erflater door de herroeping stilzwijgend te kennen, dat hij zijne erfgenamen ab intestato wil doen optreden. Men nam dus eene stilzwijgende erfstelling aan, en verleende aldus aan een dergelijk geschrift de kracht van eenen olographieschen uitersten wil [1]). In dergelijken zin werd deze kwestie ook

1) Zie hierover Furgole, Des Testaments, Chap. XI, n° 98; Voet. in Pandectas, l. 28. tit. III, n° 1.

beslist door het Hof van Parijs, bij arrest van 5 Juli 1813, en door het Hof van Cassatie, bij arrest van 17 Mei 1814; de latere Fransche schrijvers zijn dan ook bijna allen eenstemmig van gevoelen, dat eene herroeping in een dergelijk geschrift volkomen van kracht is. In ons recht is alle twijfel over deze kwestie uitgesloten, daar de wet in art. 922 eene andere definitie van eenen uitersten wil geeft, en alleen spreekt van „eene verklaring van hetgeen iemand wil dat na zijnen dood zal geschieden," zonder daarbij eene beschikking over goederen als vereischte te stellen. Een dergelijk onderhandsch geschrift is dus volgens ons recht zonder twijfel eene uiterste wilsbeschikking en de herroeping, daarin vervat, zal het gewenschte gevolg hebben.

Het geval zal zich kunnen voordoen, dat de erflater in een' lateren uitersten wil eenen vroeger gemaakten uitdrukkelijk herroept, maar dat deze latere niet is voorzien van de formaliteiten, die de wet tot de deugdelijkheid van eenen uitersten wil eischt. Hij zal dus als zoodanig niet kunnen gelden, en daaruit volgt, dat de herroeping eveneens geen gevolg heeft. Wanneer nu echter deze latere ongeldige uiterste wil voldoet aan de vereischten, die tot de deugdelijkheid van eene notariële akte zijn gesteld, en hij dus als zoodanig kan gelden, dan bepaalt de wet in art. 1040, dat

alle beschikkingen uit den vorigen uitersten wil, die in dezen zijn herhaald, als niet herroepen zullen beschouwd worden. De beschikkingen, welke niet herhaald zijn, worden dus als herroepen beschouwd, en er is ook geen reden, om dit in twijfel te trekken, daar immers de wet zelve aan eene uitdrukkelijke herroeping in eene notariële akte alle kracht toekent. Volgens strenge rechtsbeginselen, en zoo het voorschrift van art. 1040 niet bestond, zoude men echter geneigd zijn het tegenovergestelde aan te nemen. De latere uiterste wil is geldig als notariële akte, en in deze zijn de vorige uiterste wilsbeschikkingen herroepen; deze zijn dus vernietigd, en kunnen geen gevolg meer hebben, tenzij de erflater ze in een' lateren geldigen uitersten wil herhaalt. Dit is hier geenszins het geval, daar de latere uiterste wil slechts als notariële akte geldt; daar men in eene notariële akte geene beschikkingen maken kan, zoude men nu, uit het oogpunt van streng recht, aan deze herhaalde beschikkingen eigenlijk geen kracht mogen toekennen. De wetgever heeft echter begrepen, dat de billijkheid vorderde in lege ferenda een tegenovergesteld beginsel aan te nemen, en de herhaalde beschikkingen als niet herroepen te beschouwen. Uit de uitdrukkelijke herhaling der vroegere beschikkingen blijkt ten duidelijkste, dat de wil

des erflaters ten aanzien van deze niet is veranderd; voorzeker is hij in de vaste overtuiging geweest, dat hij een' geldigen uitersten wil maakte en dat zijne beschikkingen, daarin vervat, dus kracht en gevolg zouden hebben. Al blijft het nu waar, dat de ongeldigheid van den uitersten wil grootendeels aan de schuld van den erflater zelven is te wijten, daar hij bij het maken van dezen met meer oplettendheid en juistheid had moeten te werk gaan, en hij dus streng genomen ook alle nadeelige gevolgen daarvan zou moeten dragen, toch heeft de wetgever gemeend uit het oogpunt van billijkheid anders te moeten handelen, daar men toch wel verzekerd kan zijn, dat de erflater geheel ter goeder trouw heeft gehandeld. Men stelle het geval, dat de erflater zijne vrouw tot algeheele erfgenaam instelt, en tevens aan verscheidene personen legaten vermaakt. Hierna maakt hij een' anderen uitersten wil, waarbij hij den vroegeren herroept en op nieuw zijne vrouw instelt, maar de legaten niet herhaalt. Deze uiterste wil is echter als zoodanig ongeldig, maar bevat de vereischte formaliteiten eener notariële akte. Volgens art. 1040 blijft dus de erfstelling hare kracht behouden, omdat zij herhaald is, maar de legaten, die niet herhaald zijn, blijven herroepen. Mocht deze latere akte nu soms nieuwe legaten bevatten,

dan zijn deze natuurlijk ongeldig en zonder gevolg, daar zij alleen gemaakt zijn in eene notariële akte.

In het woordje „herhaald" ligt de groote kracht van het wettelijk voorschrift. De herhaalde beschikkingen moeten dus geheel dezelfde zijn als de vroegere; wanneer er verschil is, al is dit ook nog zoo gering, dan kan men ze niet als herhaald beschouwen, waarvan het gevolg is, dat zij herroepen zijn krachtens de uitdrukkelijke herroeping in den als notariële akte geldigen uitersten wil. Zoo zal ook, wanneer bij de latere beschikking aan denzelfden legataris, behalve het herhaalde legaat, nog andere legaten bovendien zijn gemaakt, alleen het herhaalde legaat gevolg hebben, maar de andere zullen nietig zijn.

Nog dient men vooral in het oog te houden, dat art. 1040 spreekt van „een' lateren uitersten wil;" men neme zich zeer in acht deze bepaling toe te passen op eene eenvoudige notariële akte, waarbij de erflater zijnen uitersten wil uitdrukkelijk herroept. Al zijn ook in die akte vroegere beschikkingen herhaald, dit heeft volstrekt geen gevolg en de herroeping blijft van kracht. Wil de erflater enkele zijner vroegere testamentaire beschikkingen in stand houden, dan moet hij in de notariële akte uitdrukkelijk vermelden, welke beschikkingen hij herroept. De reden, waarom de wetgever aan den als nota-

riële akte geldigen uitersten wil meer kracht toekent, dan aan de notariële akte zelve, zal uit het hierboven gezegde duidelijk zijn.

Terwijl men bij den als notariële akte geldigen uitersten wil uitgaat van de onderstelling, dat de erflater geheel ter goeder trouw heeft gehandeld, kan men deze goede trouw bij de notariële akte zelve niet aannemen, want de erflater wist zeer goed, dat men in eene notariële akte geene beschikkingen maken kan. Zoo hij dus tegen beter weten in handelt, is het aan zijne eigene schuld te wijten, dat deze beschikkingen geen gevolg hebben. Wanneer de als uiterste wil nietige akte ook niet als notariële akte gelden kan, vervalt natuurlijk alles, en is ook de herroeping nietig. De vorige uiterste wil behoudt dus zijne volle kracht, en is nu de verklaring van den laatsten wil des erflaters: „id quod nullum est, nullum effectum producere potest."

In het Fransche recht vinden wij geene voorschriften voor het geval, waarin ons art. 1040 voorziet. Dit gaf aanleiding tot groot verschil van gevoelen, maar de zeer lange debatten hebben tot geene bepaalde beslissing geleid [1]). Bij

---

1) Zie Toullier, Le droit civil Français, dl. V. n. 682 vlg.; Demolombe, Traité des donations entre-vifs et des testaments, dl. V. n. 154 vlg.

Duranton[1]) lezen wij: „Nous avouerons, que la question est encore vivement controversée et la jurisprudence elle-même n'est pas encore bien fixée."

Wat de vraag betreft, of de uitdrukkelijke herroeping in eenen uitersten wil, welke niet als zoodanig, maar wel als notariële akte geldig is, gevolg kan hebben, hierop is door vele schrijvers een bevestigend antwoord gegeven. Duranton[2]) zegt: „Un second acte, nul comme testament, mais s'il est valable comme acte notarié et qu'il ne dispose point au profit de la même personne, il révoque le précédent, s'il contient révocation expresse." Steunende op art. 1035 C. C., waar de herroeping in eene „acte devant notaires" als eene volkomen geldige wijze van herroepen wordt vermeld, kan men zonder bezwaar in dit gevoelen deelen. Wat echter de herhaalde beschikkingen betreft, hierover zwijgt de Code geheel, en daarom gelooven wij met de meeste Fransche schrijvers te moeten aannemen, dat de kwestie alleen uit het oogpunt van strenge rechtsbeginselen kan beschouwd worden, en men derhalve aan de herhaalde beschikkingen geen kracht kan toekennen.

---

1) D. IX. 438.

2) D. IX. 440.

Wanneer in een' lateren uitersten wil een vroegere, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend herroepen is, en deze latere buiten gevolg blijft door de onbevoegdheid van den gestelden erfgenaam of legataris, of door hunne weigering om de erfenis te aanvaarden, zal toch de herroeping volkomen van kracht zijn. Onze wetgever heeft dit in art. 1042 in ronde bewoordingen bepaald. Zoo dit voorschrift niet bestond, zoude men misschien geneigd zijn het tegendeel aan te nemen, daar de uiterste wil immers hier geheel buiten gevolg blijft, waaruit men zou kunnen besluiten, dat ook de herroeping, die een deel van dien uitersten wil uitmaakt, eveneens geen gevolg zal hebben. Het wettelijke voorschrift berust echter op zeer goede gronden. Door de herroeping heeft de erflater te kennen gegeven, dat hij zijn' vorigen uitersten wil niet langer wilde doen gelden. Al heeft nu de uiterste wil, die deze verklaring inhoudt, geen gevolg, daarom is er nog geen reden voor het vermoeden, dat des erflaters wil door deze, aan hem geheel vreemde, omstandigheden wederom veranderd is, en hij zijnen herroepenen uitersten wil weder wil doen herleven. Integendeel, de erflater heeft duidelijk te kennen gegeven, dat deze niet meer de uitdrukking van zijnen wil is, en niets bewijst, dat hij hieromtrent van gedachten is ver-

anderd. Wanneer de herroeping verviel met den uitersten wil, dan zoude de herroepene uiterste wil weder herleven en als de uitgedrukte wil van den erflater beschouwd worden, hetgeen toch zeer ongerijmd zoude zijn, daar hij juist uitdrukkelijk heeft gezegd, of dit uit zijne tegenstrijdige handelingen is gebleken, dat het zijn wil niet meer was. Daarom heeft de Wetgever het vermelde voorschrift gegeven, waarvan het gevolg is, dat nu de erfgenamen ab intestato optreden, daar er geene testamentaire beschikkingen meer bestaan; de eerste uiterste wil toch is en blijft herroepen, en de latere blijft buiten gevolg.

Wanneer de herroeping slechts gedeeltelijk is, werkt zij ook slechts voor dat gedeelte, en de overige beschikkingen, die niet herroepen zijn, zullen dus het gewenschte gevolg hebben, daar hieromtrent van geene wilsverandering van den erflater blijkt.

De wet spreekt alleen van het geval, dat de latere uiterste wil buiten gevolg blijft door onbevoegdheid of weigering van den gestelden erfgenaam of legataris; zal men dit voorschrift tot de beide genoemde gevallen moeten beperken, of zal het ook van toepassing zijn, wanneer de nieuwe akte buiten gevolg blijft wegens onwaardigheid van den gestelden erfgenaam of legataris, of door dat dezen vóór den erflater overleden zijn? Daar de

wet op deze vraag het antwoord schuldig blijft, zou men dit laatste kunnen betwijfelen. Maar dat zij ook deze gevallen niet heeft opgenomen, is zonder twijfel alleen te wijten aan eene onnauwkeurigheid van den wetgever. Wij aarzelen daarom niet, ook hier het genoemde artikel toe te passen, vooral wanneer wij de bedoeling van dit voorschrift nagaan. Indien wij art. 1042 in meer algemeene bewoordingen overbrengen, dan zien wij, dat de wetgever hier spreekt van het geval, waarin de nieuwe akte buiten gevolg blijft wegens onbekwaamheid, om welke reden dan ook, van den erfgenaam of legataris, en nu maakt toch ook onwaardigheid iemand onbekwaam om als erfgenaam of legataris op te treden, en vooral de dood, die zelfs de feitelijke mogelijkheid daartoe wegneemt. Eveneens zal art. 1042 van toepassing zijn in het geval, dat de nieuwe akte buiten gevolg blijft wegens het niet-vervuld zijn der voorwaarde, waaronder de beschikkingen in die akte gemaakt zijn; ook hier is de gestelde erfgenaam of legataris onbevoegd om als zoodanig op te treden, daar zijn optreden van de vervulling der voorwaarde afhankelijk is gesteld. Sommigen hebben gemeend, dat men in dit laatste geval eene voorwaardelijke herroeping moet aannemen, welke dan alleen gevolg zal hebben, indien de voorwaarde, waaronder de beschikking

gemaakt is, vervuld is, en dien ten gevolge de gestelde erfgenaam of legataris optreedt.

Met Mr. Diephuis meenen wij echter, dat voor deze veronderstelling geen genoegzame grond is. De herroeping, uitdrukkelijk of stilzwijgend, is in allen gevalle van kracht, en van het al of niet vervuld worden der voorwaarde zal alleen dit afhangen, of de in deze nieuwe akte gestelde erfgenamen of de erfgenamen ab intestato tot de nalatenschap gerechtigd zijn. Opmerkelijk is in dezen het verschil met het Romeinsche recht. Men moet daar in het bovengenoemde geval onderscheid maken tusschen de heredis institutio en het legaat. Bevatte de nieuwe akte eene heredis institutio, en was zij dus een testament, dan was het vorige testament ipso jure herroepen, ook al was de voorwaarde, waaronder deze heredis institutio had plaats gehad, niet vervuld. Het is hier slechts de vraag, of er volgens het nieuwe testament een heres kan bestaan. Wanneer echter in het nieuwe testament een legaat onder eene voorwaarde was gemaakt, welk zelfde legaat in het vorige testament zuiver was gemaakt, dan was het vorige zuivere legaat herroepen, als de voorwaarde, aan het tweede legaat toegevoegd, vervuld was. Hier had dus eene conditioneele herroeping plaats, tenzij het blijken mocht, dat de erflater had gewild, dat het

eerste legaat in allen gevalle herroepen zoude zijn [1]). In den Code vinden wij in art. 1037 hetzelfde voorschrift als in ons art. 1042; onze wetgever heeft dit woordelijk overgenomen. Omtrent de gevallen van onwaardigheid of voor-overlijden van den gestelden erfgenaam of legataris zijn de Fransche schrijvers van hetzelfde gevoelen als de onze; wat echter het geval betreft, dat de latere beschikking onder eene voorwaarde gemaakt is, hierbij heeft men in het Fransche recht zich meer aangesloten aan het gevoelen der Romeinsche jurisconsulti. Bij Toullier [2]), onder anderen, lezen wij: „Si le second legs avait été fait sous condition, le testateur serait présumé n'avoir voulu révoquer le premier que sous cette condition, à moins qu'il ne parût par quelques circonstances, que l'intention du testateur a été de révoquer le premier legs purement et simplement." Ook Duranton [3]) zegt, bij de behandeling van deze kwestie: „La décision des jurisconsultes Romains doit donc être pareillement suivie chez nous, parce qu'elle n'a rien que de très raisonnable et qu'elle ne tient point à quelque principe, que nous n'aurions pas admis."

---

1) Ulpianus, l. 7. D. de adim. leg. (XXXIV, 4).

2) V. n. 649.

3) IX. n. 451.

Eene belangrijke vraag blijft ons nog over, namelijk of men ook eene herroeping kan herroepen, en alzoo den herroepen uitersten wil in zijne volle kracht herstellen. Ofschoon onze wetgever deze vraag onbeantwoord laat, meenen wij op goede gronden dit te kunnen aannemen. Men herroept in het gestelde geval de akte, waarbij de uiterste wil herroepen is, en door deze herroeping treedt de vroegere herroeping buiten werking, en moet beschouwd worden nimmer geschied te zijn. Derhalve is de uiterste wil, die door die vroegere herroeping zijn kracht verloren had, thans niet meer herroepen, en heeft hij zijne volle kracht herkregen. De erflater geeft door deze tweede herroeping te kennen, dat hij alle gevolgen der akte, waarbij hij zijnen uitersten wil heeft herroepen, wil vernietigen, en derhalve zijn' uitersten wil als niet-herroepen wil doen beschouwen. Dat deze tweede herroeping uit de omstandigheden bizondere gevolgen ontleent, is geen reden, ten haren aanzien andere formaliteiten te vorderen, dan de wet in het algemeen voor eene herroeping voorschrijft. Men kan dus eene herroeping herroepen bij eenen uitersten wil, bij eene notariële akte, en zelfs bij een' niet-deugdelijken uitersten wil, welke als notariële akte geldig is. In het Fransche recht heeft men, ofschoon ook de Code over de herroeping eener

herroeping het stilzwijgen bewaart, evenmin geaarzeld daaraan dezelfde kracht toe te kennen. Zoo besliste onder anderen het Hof van Grenoble: „la question s'est présentée à la Cour de Grenoble, qui l'a jugée affirmativement par son arrêt du 14 juin 1810" [1]). Ook bij de Fransche schrijvers bestaat hieromtrent geen verschil van gevoelen; zoo zegt b. v. Demolombe [2]): „Que la révocation expresse d'un testament puisse être elle-même rétractée par une autre révocation expresse, faite dans l'une ou l'autre des deux formes autorisées par l'article 1035, cela est d'évidence. Et il ne faut pas douter, en effet, que l'article 1035 est applicable à la révocation nouvelle, par laquelle le testateur rétracte, en tout ou en partie, sa première révocation."

Wat echter het gevolg eener dergelijke tweede herroeping betreft, hierover bestond veel verschil van gevoelen. Ofschoon het hierboven genoemde arrest van het Hof te Grenoble besliste, dat de herroeping eener herroeping den uitersten wil in zijne volle kracht herstelt, alsof er nimmer eene herroeping heeft plaats gehad, toch nemen de meeste schrijvers het tegendeel aan. „La négative

---

1) Duranton, IX. n. 441.

2) V. n. 159.

est généralement adoptée; la révocation du second testament ne suffit pas pour faire revivre le premier: „il faut qu'en outre le testateur manifeste formellement qu'il entend réhabiliter le premier testament précédemment révoqué" [1]). Volgens deze meening zal dus de uiterste wil dan alleen herleven, wanneer de erflater dit uitdrukkelijk zijne bedoeling verklaart. Tot eene dergelijke verklaring wordt niet bepaald eene akte in testamentairen vorm vereischt; eene bizondere notariële akte is hiertoe voldoende. De erflater zal deze verklaring dus ook kunnen doen in dezelfde akte, waarbij hij de herroeping herroept [2]). In de tweede herroeping zelve den grond te zien tot de onderstelling, dat de erflater zijn' herroepenen uitersten wil weder wil herstellen, vond men zeer gewaagd, daar het immers lichtelijk kan gebeuren, dat de uiterste wil reeds van zeer ouden datum is, en door den erflater geheel is vergeten. In een dergelijk geval zou het ongerijmd zijn te veronderstellen, dat de erflater dien uitersten wil door de latere herroeping wil doen herleven. In een arrest van 22 Mei 1691 vinden

---

1) Troplong, IV. n. 2065. Zie ook Demolombe, V. n. 216.

2) In dien zin beslisten Douai, 3 Nov. 1836; Dyon, 8 Maart 1838; Grenoble, 29 Nov. 1842.

wij eene belangrijke conclusie van den Avocat-général d'Aguesseau, waarin deze kwestie duidelijk wordt uiteengezet: „Le testament révoqué par le testateur existe toujours en lui-même: c'est toujours un acte réel, un acte dont la matière n'est point anéantie. La formalité est entière, sa solemnité n'est point effacée. En un mot, l'acte en soi a tout ce qu'il faut pour valoir et pour être exécuté. Quelle est donc la cause qui lui ôte, pour ainsi dire, l'être et le nom de testament? c'est une cause en quelque manière extérieure, qui est hors de l'acte; c'est le changement de la volonté du testateur prouvé par un acte suivant. Tant que cette cause subsiste, le testament ne peut être exécuté; une absence de volonté le rendrait nul; un retour certain de volonté est absolument nécessaire pour le rétablir dans son premier état. Mais aussitôt que cette volonté paraît, alors le testament revit de plein droit."

Andere schrijvers, b. v. Marcadé [1]), zijn van oordeel, dat men geen' vasten regel voor deze vraag geven kan, en dat de beslissing meestal van de omstandigheden zal moeten afhangen. Wanneer b. v. de erflater zijn' uitersten wil bij eene notariële

---

1) Cours élémentaire de droit civil Francais, tome IV, ad art. 1037 C. C.

akte heeft herroepen, en later weder deze notariële akte herroept, dan meenen zij, dat de erflater hiermede te kennen geeft, dat hij op zijnen uitersten wil terugkomt. Hier herleeft deze dus door de herroeping zelve. Maar wanneer de erflater, na in eenen uitersten wil A. te hebben ingesteld, in een' lateren uitersten wil B. instelt, en dus daardoor den eersten wil stilzwijgend herroept, doch daarna eene verklaring aflegt, waarbij hij zijnen lateren uitersten wil herroept, dan gelooven zij, dat men niet met zekerheid kan bepalen, welke de bedoeling van den erflater is. Zij kan immers tweeledig zijn: aan den eenen kant kan men zeggen, dat hij hierdoor op zijnen eersten uitersten wil heeft willen terugkomen, maar aan den anderen kant kan men hieruit ook afleiden, dat hij de latere beschikking evenmin als de eerste heeft willen doen gelden, en zijne wettelijke erfgenamen heeft willen instellen.

Wanneer dus de bedoeling des erflaters niet duidelijk blijkt uit de akte zelve, en ook de omstandigheden geen helder licht over de zaak verspreiden, zal men zich aan het oordeel des rechters moeten onderwerpen, wiens taak in deze verre van gemakkelijk zal zijn. Waar zoo veel onzekerheid heerscht, kan men niet anders dan de onvolledigheid der wet betreuren, die tot dergelijke moeielijkheden aanleiding geeft.

b. Stilzwijgende herroeping.

Zooals wij bij de behandeling der uitdrukkelijke herroeping gezien hebben, kan daarbij geene onzekerheid bestaan, of de erflater zijnen uitersten wil herroept of niet; men heeft zich slechts te overtuigen, of er eene uitdrukkelijke verklaring hieromtrent bestaat. Bij de stilzwijgende herroeping daarentegen zal er meermalen aanleiding tot twijfel zijn, daar men hier geene uitdrukkelijke verklaring heeft, maar de herroeping voortvloeit uit eene latere beschikking, welke met de vorige in strijd is, of uit eene daad, die de wilsverandering van den erflater doet onderstellen. Men zal dus hier moeten onderzoeken, of er strijd is tusschen de latere en de vroegere beschikkingen, en of de handelingen van den erflater van zoodanigen aard zijn, dat men daaruit eene herroeping moet afleiden. Dat zich hierbij dikwijls vele bezwaren en moeilijkheden voordoen, is gemakkelijk te begrijpen, en de beslissing in dezen zal dan ook meestal aan het oordeel van den rechter moeten overgelaten worden. Daar men eene stilzwijgende herroeping uit eene tegenstrijdige beschikking moet afleiden, ligt van zelf hierin opgesloten, dat wij alleen op uiterste wilsbeschikkingen zullen te letten hebben,

daar eene notariële akte nooit eene positieve beschikking inhoudt, en er derhalve van overeenstemming of strijd met den vroeger gemaakten uitersten wil geen sprake kan zijn.

„Een latere uiterste wil, waarbij de voorgaande niet op eene uitdrukkelijke wijze herroepen wordt, vernietigt alleen de beschikkingen, in den vroegeren uitersten wil vervat, welke met de nieuwe beschikkingen niet zijn overeen te brengen, of daarmede strijden. De bepaling van dit artikel is niet toepasselijk, wanneer de latere uiterste wil nietig is, uit hoofde van gebrek in den vorm, al ware dezelve ook geldig als notariële akte." In deze bewoordingen geeft onze wet in art. 1041 een algemeen voorschrift omtrent de stilzwijgende herroeping. Als hoofdvereischte stelt zij dus, dat de latere beschikkingen met de vroegere niet zijn overeen te brengen of daarmede strijden. Bij de beraadslagingen (in 1832) over dit artikel [1]) werd aangemerkt, dat in de woorden „niet zijn overeen te brengen" het strijdige a fortiori is begrepen, en dat derhalve de woorden „of daarmede strijden" overbodig zijn. De Regeering achtte het echter niet doelmatig deze woorden weg te laten, omdat de zin van de wetsbepaling zoowel betreft hetgeen

1) Zie Voorduin ad art. 1041.

uitdrukkelijk met eene vroegere beschikking strijdt, als hetgeen daarmede niet kan worden overeengebracht. Hoe dit ook zij, in allen gevalle zal er zeer nauwkeurig op gelet moeten worden, of er wezenlijk verschil tusschen de latere en de vroegere beschikkingen bestaat, daar hiervan het blijven bestaan of vervallen der vroegere beschikkingen geheel afhangt. Zoo er geen verschil is tusschen de beide beschikkingen zullen zij beide, zoowel de vroegere als de latere, van kracht zijn, en hieruit volgt, dat volgens ons recht verschillende testamenten gezamenlijk den uitersten wil des erflaters kunnen uitmaken, hetgeen in het Fransche recht eveneens kan plaats hebben, maar in het Romeinsche recht eene onmogelijkheid was. Tot meerdere duidelijkheid willen wij een voorbeeld geven. De erflater heeft in zijnen uitersten wil aan iemand een stuk land gelegateerd. Na eenigen tijd maakt hij eenen anderen uitersten wil, waarin hij den vroegeren niet uitdrukkelijk herroept, maar het legaat ook niet herhaalt. Er is hier geen strijd noch herroeping, zoodat men moet aannemen, dat de wil des erflaters omtrent dit legaat niet is veranderd, zoodat het volkomen geldig blijft. Anders is het, wanneer de erflater in zijnen eersten uitersten wil het geheele stuk land heeft gelegateerd, doch in den tweeden

slechts een gedeelte daarvan aan denzelfden persoon toekent. Hier merkt men wel degelijk strijd tusschen de beide beschikkingen op. Uit de latere beschikking blijkt, dat de wil des erflaters is veranderd, en hij niet het geheel, maar slechts een gedeelte aan den legataris wil schenken; de eerste beschikking wordt dus als herroepen beschouwd, zoodat alleen de latere geldt, en de legataris slechts het gedeelte van het stuk land verkrijgt.

Een ander voorbeeld, waarover verschil van meening is ontstaan, is het volgende: de erflater legateert een huis aan A., doch in een' lateren uitersten wil hetzelfde huis aan B. Is nu het eerste legaat herroepen? Sommigen, vooral Fransche schrijvers [1]) hebben gemeend, dat men in dit geval zeer op de bedoeling van den erflater moet letten, om daarvan de beslissing te doen afhangen. Indien het niet blijkt, dat deze door het maken van dit tweede legaat het eerste wilde herroepen, dan meenen zij, dat beide legaten moeten blijven bestaan, en dat dus het huis aan A. en B. gezamenlijk is gemaakt. Wij kunnen ons met dit gevoelen niet vereenigen, en beschouwen ook hier het legaat aan A. als herroepen, zoodat B. als legataris optreedt. Daar de wet in dergelijke

---

1) B. v. Toullier, V. n. 645.

bizondere gevallen niet voorziet, maar slechts een algemeen voorschrift geeft, meenen wij ons hieraan streng te moeten houden, en alleen te moeten onderzoeken, of er strijd of onvereenigbaarheid is, of niet. En dan komen wij tot de conclusie, dat er hier stellig onvereenigbaarheid is, want het legaat is bij de latere beschikking aan een' anderen persoon dan bij de eerste gemaakt, en hieruit leiden wij af, dat de erflater heeft gewild, dat A. niet langer zijn legataris zoude zijn. Het eerste legaat is dus herroepen, en wij kennen het aan B. toe. Het andere gevoelen zouden wij dan alleen kunnen aannemen, wanneer de erflater uitdrukkelijk had verklaard, dat hij het legaat niet langer aan A. alleen, maar aan A. en B. gezamenlijk wilde toekennen [1]).

Het tweede lid van ons artikel 1041 stelt eene uitzondering op den algemeenen regel. Wanneer de latere uiterste wil, waaruit men de stilzwijgende herroeping zou moeten afleiden, nietig is uit hoofde

---

1) Zie ook een vonnis van de Arr. R. te Zwolle van 4 Juli 1872 (Wkbl. n° 3555): De benoeming van een' voogd over zijne minderjarige kinderen, gedaan bij testament, kan de langstlevende bij latere authentieke akte vernietigen, waarbij hij een' anderen voogd aanstelt, zonder dat daartoe vereischt wordt tevens de uitdrukkelijke herroeping van dat testament, opzichtens de daarin voorkomende benoeming van den voogd.

van een gebrek in den vorm, dan kan er van eene stilzwijgende herroeping geen sprake zijn. Door het gebrek in den vorm is deze akte als uiterste wil nietig, en dus zijn ook de beschikkingen, daarin vervat, krachteloos; al waren deze nu ook geheel in strijd met de vorige, dit heeft hier volstrekt geene uitwerking. Het geval kan zich echter voordoen, dat zulk eene als uiterste wil nietige akte als notariële akte kan gelden; maar zelfs ook dan verbiedt de wet de toepassing van het eerste lid van art. 1041. De reden hiervan is duidelijk; immers al voldeed de nietige uiterste wil ook aan de vereischten eener notariële akte, toch zouden de beschikkingen, die deze inhoudt, geheel ongeldig zijn om de reeds meermalen genoemde reden, dat men in eene notariële akte geene positieve beschikkingen maken kan. Bovendien bepaalt art. 1039, dat eene notariële akte eene uitdrukkelijke herroeping moet bevatten, en ook deze is hier niet aanwezig [1]).

Wat de gevolgen zijn, wanneer de latere uiterste wil buiten gevolg blijft door onbevoegdheid van den gestelden erfgenaam of legataris, of door hunne weigering om de erfenis te aanvaarden, hebben

---

1) Zie het vonnis van de Arr. Rb. te Gorinchem van 17 Febr. 1849 (Wkbl. n° 1012).

wij reeds bij de behandeling der uitdrukkelijke herroeping gezien; waarom in deze gevallen de stilzwijgende herroeping, evenals de uitdrukkelijke, toch volkomen van kracht is, zal men niet behoeven te vragen. Al blijft de uiterste wil buiten gevolg, de beschikkingen, welke hij inhoudt, en die met de vroegere strijden of niet zijn overeen te brengen, zijn op zich zelf volkomen geldig, en herroepen dus de vroegere. Uit de latere beschikkingen blijkt de wilsverandering van den erflater, en niets geeft grond tot het vermoeden, dat hij tot zijne eerste beschikkingen is teruggekeerd.

Ons artikel 1041 vinden wij woordelijk terug in art. 1036 van den Code; alleen ontbreekt daar het voorschrift, dat onze wet in het tweede lid van ons artikel geeft. Dit heeft in Frankrijk tot groot verschil van gevoelen aanleiding gegeven. Duranton [1]) beslist de kwestie in den zin van onze wet; hij zegt: „D'abord, si le second testament, nul comme tel, ne révoque pas expressement le précédent; si la révocation, en supposant l'acte valable, n'eût été que le résultat de l'incomptabilité des deux dispositions, il n'y a pas de révocation de la première, dès que la seconde est nulle.

---

1) IX. n. 436.

Par exemple, par un premier acte j'avais légué mon jardin à Paul, et par un second testament, nul en la forme, j'ai légué le même jardin à Pierre; dans ce cas, où les deux dispositions seraient évidemment incompatibles si l'une et l'autre étaient valables, il n'y a point de révocation, parce qu'elle ne pourrait résulter que de cette incomptabilité, qui n'existe réellement pas, dès que la seconde disposition est nulle. Et il importerait peu que le second acte, nul comme testament, réunît ou non toutes les formes des actes notariés; car ne portant point, ainsi que nous le supposons, de déclaration du changement de volonté, il n'est pas avoué par l'art. 1035 comme acte de révocation." — Toullier[1]) daarentegen neemt het tegenovergestelde aan: „Si le second testament imparfait ne révoquait pas le premier en paroles expresses, mais d'une manière tacite, par des dispositions absolument contraires à celles du premier, comme nous le verrons dans l'article suivant (art. 1036), il nous semblerait qu'il n'en devrait pas moins opérer la révocation du précédent; car, quoique manifestée par un fait au lieu de l'être par des paroles, elle n'en est pas moins expresse, et la révocation tacite, une fois prouvée, n'a pas moins de force que la révocation

1) V. n. 629.

verbalement exprimée. Or, dans le cas proposé, la révocation tacite se trouve prouvée par un acte notarié."

Waar een dergelijk verschil van gevoelen bestaat, kunnnen wij niet anders dan de meerdere volledigheid van onze wet roemen, die in dit geval voorziet. Want al zal men de tusschenkomst van den rechter kunnen inroepen, zoodra een dergelijk geval zich voordoet, toch sluit een wettelijk voorschrift alle onzekerheid buiten, en is ongetwijfeld de kortste weg om tot eene zekere beslissing te geraken.

De stilzwijgende herroeping wordt ook wel „herroeping door de daad" genoemd. Deze benaming is daar het meest gebruikelijk, waar men uit eene daad van den erflater moet afleiden, dat hij zijne vroegere beschikkingen herroept. Wanneer b. v. de erflater in zijn' uitersten wil eene zekere zaak heeft gelegateerd, maar die vóór zijnen dood heeft vervreemd, dan zal zij, wanneer de erfenis openvalt, niet in den boedel aanwezig zijn, en dus ook niet kunnen uitgekeerd worden, zoodat het legaat geen gevolg heeft. Door de vervreemding heeft de erflater te kennen gegeven, dat hij de zaak aan den legataris niet wilde schenken, en door deze daad heeft hij zijne beschikking stilzwijgend herroepen. In art. 1043 geeft onze wet een algemeen voorschrift betreffende deze herroeping

door de daad [1]). „Alle vervreemding, zelfs bij verkoop met vermogen van weder-inkoop, of bij verruiling, welke de erflater van het gelegateerde goed, geheel of gedeeltelijk, doet, zal de herroeping van het legaat, ten aanzien van al wat vervreemd of verruild is, met zich brengen; ten ware het vervreemde goed in des erflaters boedel mocht zijn teruggekeerd." De vervreemding is dus hier de daad, die de herroeping der beschikking doet veronderstellen. Daar de woorden „alle vervreemding" zoo algemeen mogelijk zijn, heeft de wetgever duidelijkheidshalve er aan toegevoegd, „zelfs bij verkoop met vermogen van weder-inkoop, of bij verruiling." Verkoop met vermogen van weder-inkoop is een voorwaardelijke verkoop; desniettemin heeft er eene vervreemding plaats, en zoo de erflater voor zijnen dood van dit vermogen, dat hij zich heeft voorbehouden, geen gebruik maakt, blijft het verkochte goed vervreemd, en is dus, als de erfenis openvalt, niet in den boedel aanwezig. Bij verruiling is en blijft het goed natuurlijk vervreemd; al komt nu eene andere zaak in plaats daarvan in den boedel, dit heeft niet den minsten invloed op het door de verruiling herroepen legaat.

---

1) Zie met betrekking tot art. 1043 B. W. een vonnis der Arr. Rb. te Rotterdam van 7 Sept. 1857, (Wkbl. n° 2088).

De legataris had immers alleen het recht, die bepaalde zaak van den erfgenaam te vorderen; deze is niet meer aanwezig, en de in hare plaats getredene zaak kan hij niet vorderen, om de zeer eenvoudige reden, dat deze hem niet is gelegateerd. Bij het openvallen der erfenis zal men dus in de eerste plaats moeten zien, of het gelegateerde goed nog in den boedel aanwezig is, zoodat de legataris de afgifte er van van den erfgenaam zal kunnen vorderen. Op welke wijze de vervreemding heeft plaats gehad, doet niets ter zake; onze wet spreekt zoo algemeen mogelijk van „alle vervreemding." Men moet dus geen onderscheid maken tusschen eene vrijwillige vervreemding, en eene vervreemding door gerechtelijken verkoop; ook de vervreemding door onteigening ten algemeenen nutte moet hiertoe gerekend worden. Zelfs wanneer de erflater na het maken van zijnen uitersten wil onder curatele is gesteld, en de curator als zijn vertegenwoordiger het gelegateerde goed met de vereischte machtiging heeft vervreemd, ook dan wordt het legaat als herroepen beschouwd. Het spreekt van zelf, dat uit eene gedeeltelijke vervreemding ook slechts eene gedeeltelijke herroeping volgt; het niet vervreemde gedeelte blijft natuurlijk als legaat bestaan. Wanneer de erflater het vruchtgebruik van het gelegateerde goed heeft vervreemd,

krijgt de legataris alleen den eigendom dier zaak; evenzoo zal, wanneer de erflater het gelegateerde goed bij hypotheek heeft verbonden, dit geene herroeping van het legaat veroorzaken, maar de legataris zal het goed verkrijgen, met alle lasten daaraan verbonden [1]).

Het zal wel onnoodig zijn er de aandacht op te vestigen, dat ons artikel alleen van toepassing is op legaten eener zekere bepaalde zaak, en niet op legaten van zaken, alleen bepaald ten aanzien der soort. Dit blijkt niet alleen reeds uit art. 1043 zelf, waar gesproken wordt van „het gelegateerde goed," maar het zou ook strijden tegen het karakter van deze laatste soort van legaten, indien wij ook deze hieronder rekenden. Wanneer de erflater b. v. aan iemand een paard heeft gelegateerd, dan zal hij door de vervreemding van alle paarden, die hij bezit, geenszins het legaat herroepen. Immers geen dezer paarden was bepaaldelijk aangewezen; de erflater heeft slechts in het algemeen een dier van eene bepaalde soort gelegateerd, en men zal dus thans niet kunnen zeggen, dat de erflater het gelegateerde goed vervreemd heeft. Zoo er bij het openvallen der nalatenschap geen paard in den boedel aanwezig is, heeft de legataris het recht van den erfge-

1) Vgl. artt. 1012 en 1051 B. W.

naam, die hiermede belast is, te vorderen, dat deze een paard koope, en het aan hem afgeve. Evenmin zal art. 1043 van toepassing zijn, wanneer de erflater alle goederen van eene bepaalde soort, b. v. alle roerende goederen, die hij bij zijnen dood zal nalaten, gelegateerd, en die daarna alle vervreemd heeft. Ook hier kan men niet aan eene herroeping denken, daar immers tot aan den dood des erflaters wederom roerende goederen in zijn' boedel kunnen komen, tot welke het legaat zich dan zal uitstrekken. Eerst bij zijnen dood zal het blijken, hoevele en welke roerende goederen in den boedel aanwezig zijn, en deze alle zullen dan aan den legataris toekomen.

De slotwoorden van art. 1043, „ten ware het vervreemde goed in des erflaters boedel mocht zijn teruggekeerd," beperken den algemeenen regel. De zin dezer woorden is volkomen duidelijk. Een uiterste wil treedt eerst in werking bij den dood des erflaters; al wat dus in den tijd tusschen het maken van den uitersten wil, en het overlijden des erflaters geschiedt, is in zekeren zin onverschillig; men heeft slechts te letten op den staat des boedels bij het openvallen der nalatenschap. Al heeft de erflater een gelegateerd goed vervreemd, indien het maar vóór zijnen dood in den boedel terugkeert, zal deze tijdelijke vervreemding geens-

zins grond geven tot de veronderstelling, dat des erflaters wil is veranderd, en hij het legaat heeft willen herroepen. Hoe lichtelijk kan het geval zich voordoen, dat de erflater door de omstandigheden gedwongen is het gelegateerde goed tijdelijk te vervreemden, zonder dat hij hiermede eenigszins de bedoeling heeft, het den legataris te onthouden. Was dit zijn doel geweest, dan zoude hij immers, toen het goed in den boedel was teruggekeerd, het legaat op eene of andere wijze hebben teruggenomen, b. v. door eene uitdrukkelijke herroeping bij eene bizondere notariële akte. Dit heeft hij niet gedaan, en het gelegateerde goed is bij het openvallen der nalatenschap ongeschonden in den boedel aanwezig, zoodat er niet de minste reden bestaat, eene herroeping te vermoeden. Al moge men nu ook de vervreemding als eene door daden betoonde herroeping blijven beschouwen, dan moet men toch in de latere terugkeering van het vervreemde goed eene herroeping dier herroeping zien, tengevolge waarvan de vroegere herroeping alle gevolg mist. Mr. Asser [1]) zegt te recht, tot toelichting der laatste zinsnede van art. 1043: „Men heeft zich voor oogen gesteld, dat iemand zich uit hoofde eener oogenblikkelijke

1) Het Ned. Burg. Wetb. vergeleken met het Wetb. Nap. § 537.

verlegenheid kan genoodzaakt vinden, om het gelegateerde te vervreemden, doch hetzelve nader kan inkoopen, ja zelfs dat oogmerk kan hebben aan den dag gelegd, door het recht van wederinkoop te bedingen; en men heeft zich niet kunnen overtuigen, dat uit die daad kan worden afgeleid de begeerte van den erflater om de making te herroepen; en zulks te minder, aangezien hij, wanneer zulks zijne werkelijke meening mocht zijn, toch steeds meester blijft, van zijnen wil tot herroeping door eene nadere beschikking te doen blijken."

Het voorschrift van ons art. 1043 vinden wij gedeeltelijk terug in art. 1038 van den Code. Terwijl het eerste gedeelte van dit artikel woordelijk hetzelfde bevat als onze bepaling, zijn echter de slotwoorden in een' geheel tegenovergestelden zin: „encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur." Volgens het Fransche recht blijft dus de herroeping, door vervreemding van het gelegateerde goed veroorzaakt, in alle gevallen geldig, zelfs al is de vervreemding nietig, of het vervreemde goed in den boedel teruggekeerd. In ons Burgerlijk Wetboek van 1830 had men art. 1038 van den Code woordelijk overgenomen. Men ging daar, evenals in het Fransche recht, uit van de onderstelling,

dat met de vervreemding altijd eene wilsverandering van den erflater verbonden is, hetgeen wij, zooals wij hierboven hebben uiteengezet, niet kunnen aannemen. In het Romeinsche recht [1]) had de vervreemding van het gelegateerde goed slechts dan eene herroeping ten gevolge, wanneer de erflater had vervreemd zonder bepaalde noodzakelijkheid, „nulla necessitate urgente"; had hij daarentegen vervreemd „urgente necessitate", b. v. om zijne schuldeischers, die hem lastig vielen, te betalen, dan onderstelde men geene herroeping. De legataris verkreeg dan de waarde van het vervreemde goed, tenzij het weder in handen van den erflater was teruggekeerd, en zich bij zijnen dood nog daarin bevond, zoodat het goed zelf hem kon uitgekeerd worden. Men maakte dus onderscheid tusschen eene vrijwillige en eene gedwongene vervreemding, hetgeen men in ons recht, evenmin als in het Fransche recht, niet doet; beide rechten spreken in 't algemeen van „alle vervreemding." Zelfs wanneer de vervreemding nietig is, wordt volgens den Code de herroeping als geldig beschouwd. De Fransche wetgever meent, dat de erflater door de vervreemding duidelijk zijne wilsverandering met

---

1) L. 11. D. de legat. (XXXII, 1) en L. 18. D. de adim. vel. transf. legat. (XXXIV, 4).

betrekking tot het legaat heeft te kennen gegeven, en dat men derhalve in alle gevallen, zelfs al is de vervreemding nietig en blijft het gelegateerde goed dientengevolge in den eigendom van den erflater, eene herroeping van het legaat moet aannemen. Onze wetgever heeft voor dit geval geene bepaling gegeven; wij meenen echter, in geval van nietigheid der vervreemding, geene herroeping te mogen aannemen, tenzij uit de notariële akte, waarbij de vervreemding is geconstateerd, mocht blijken dat de erflater tevens het legaat herroepen heeft. In dit geval zal de nietigheid der vervreemding van geen' invloed zijn op de herroeping, daar de vervreemding en de herroeping hier twee afzonderlijke handelingen zijn. Waar echter deze afzonderlijke verklaring der herroeping niet aanwezig is, daar nemen wij geene herroeping aan, omdat eene nietige vervreemding geene vervreemding is. De vervreemding toch bestaat niet in de overeenkomst van verkoop, ruiling of schenking, maar in de werkelijke overdracht der zaak; deze geschiedt natuurlijk niet, wanneer de vervreemding nietig is, en dus blijft het gelegateerde goed in handen des erflaters. Er is onzes inziens geen grond, hier eene herroeping te veronderstellen, vooral ook, daar de wet als eerste vereischte tot deze herroeping stelt, dat er „ver-

vreemding" hebbe plaats gehad. Wanneer de erflater met de vervreemding bepaaldelijk ten doel heeft, het legaat te herroepen, kan hij immers, wanneer de vervreemding blijkt nietig te zijn, altijd nog door eene uitdrukkelijke verklaring deze herroeping bewerkstelligen.

Onder het Fransche recht heeft men ook beweerd, dat eene voorwaardelijke vervreemding ook dan nog eene herroeping met zich brengt, wanneer zij bij gebreke van vervulling der voorwaarde buiten gevolg blijft. Onder anderen is ook Duranton [1]) van dit gevoelen, ofschoon hij toch erkent: „Toutefois nous avouerons que la question est susceptible de doute, et que la solution pourrait dépendre des circonstances, et surtout de l'espèce de condition sous laquelle l'aliénation aurait été faite." Wat de vervreemding onder eene opschortende voorwaarde betreft, die meenen wij geene herroeping te mogen noemen. Immers hier is van geene overdracht sprake, voordat de voorwaarde vervuld is. Wordt zij niet vervuld, dan heeft er geene overdracht plaats, en er is dus geene vervreemding. Bij de vervreemding onder eene ontbindende voorwaarde nemen wij daarentegen wel eene herroe-

---

1) IX. n. 459.

roeping van het legaat aan, daar bij deze overeenkomst tevens de overdracht van het goed plaats heeft, en het dus uit de handen des erflaters in die van anderen overgaat. Wordt nu de ontbindende voorwaarde vóór den dood des erflaters vervuld, en daardoor de verbintenis verbroken, dan keert het goed in den boedel des erflaters terug, en er is dus, volgens de slotwoorden van art. 1043, geene herroeping. Een voorbeeld hiervan treffen wij aan bij den verkoop met vermogen van wederinkoop, waarvan onze wet zelve gewaagt; hier, zooals wij vroeger reeds hebben opgemerkt, heeft er eene werkelijke overdracht plaats, en treedt het verkochte goed niet terug in den boedel, tenzij de erflater van het vermogen van weder-inkoop gebruik make.

Tot het herroepen door de daad moet ook gerekend worden het geval, waarop door de wet gedoeld wordt in de slotwoorden van art. 1039: „onverminderd de bepaling van art. 981." Aldaar wordt gehandeld over de terugvordering van het olographiesch testament van den notaris, waaromtrent de wet het volgende voorschrift geeft: „De erflater kan ten allen tijde zijn olographiesch testament terugvorderen, mits hij, ter verantwoording van den notaris, van de teruggave bij eene authentieke akte doe blijken. Door de teruggave

wordt het olographisch testament als herroepen beschouwd."

Zooals de wet in art. 979 voorschrijft, moet iedere olographiesche uiterste wil, hetzij deze open of verzegeld is, door den erflater bij eenen notaris in bewaring worden gesteld, die daarvan in tegenwoordigheid van twee getuigen dadelijk eene akte van bewaargeving opmaakt, door hemzelven, den erflater en de getuigen onderteekend. Wanneer de olographiesche uiterste wil open aan den notaris wordt ter hand gesteld, wordt deze akte van bewaargeving aan den voet van den uitersten wil geschreven. Zoo er daar geene plaats meer is, moet de notaris van den erflater verlangen, dat hij, of het stuk eerst verzegele, ten einde eene afzonderlijke akte geoorloofd te maken, of het op een grooter blad overschrijve, opdat aan den voet de noodige ruimte voor de akte van bewaargeving openblijve. Wordt de uiterste wil verzegeld aan den notaris aangeboden, dan maakt deze eene afzonderlijke akte van bewaargeving op; de erflater moet dan echter in tegenwoordigheid van den notaris en de getuigen op den omslag van den verzegelden uitersten wil aanteekenen, en dit door zijne onderteekening bekrachtigen, dat dit stuk zijnen uitersten wil bevat. Zoodra de olographiesche uiterste wil onder de hierboven genoemde formaliteiten door

den notaris is in bewaring genomen, heeft hij dezelfde kracht als een bij openbare akte gemaakte uiterste wil, en wordt gerekend gemaakt te zijn op den dag der akte van bewaargeving. Wanneer nu de erflater zijnen olographieschen uitersten wil verlangt te herroepen, kan hij dit op twee wijzen doen; ten eerste door een' lateren uitersten wil, zooals wij reeds vroeger hebben gezien, en ten tweede op de wijze, welke wij hier op het oog hebben, nam. door terugvordering daarvan van den notaris. Door deze bevoegdheid tot terugnemen is de erflater in de gelegenheid gesteld te zorgen, dat de inhoud van zijnen uitersten wil onbekend blijve, daar hij dien in handen krijgt, en er dus naar verkiezing mede kan handelen.

Zoodra de erflater zijn' olographieschen uitersten wil van den notaris heeft terug ontvangen, nadat deze volgens de wet tot zijne verantwoording eene authentieke akte daarvan heeft opgemaakt, wordt hij als herroepen beschouwd; door de terugneming heeft hij zijne kracht verloren. Vroeger maakte men zwarigheid tegen de teruggave, daar het den notaris verboden was eene minuut uit zijne handen te geven. De wet op het Notaris-ambt heeft in art. 41 hierin voorzien, en de olographiesche uiterste willen van den algemeenen regel uitgesloten: „De notarissen mogen, met uitzondering van

een' aan hen in bewaring gegevenen olographieschen uitersten wil, geene minuut hoegenaamd uit hunne handen geven, anders dan in de gevallen bij de wet voorzien, en krachtens een vonnis of bevelschrift van den rechter."

Wanneer de olographiesche uiterste wil open aan den notaris wordt ter hand gesteld, wordt, zooals wij gezien hebben, de akte van bewaargeving aan den voet van den uitersten wil geplaatst. Wanneer nu de erflater zulk een' uitersten wil terugneemt, komt daarmede ook de akte van bewaargeving in zijne handen, en dit was, zoo meende men, in strijd met het voornoemde artikel der Notariswet. Volgens eene Decisie van den Minister van Financien van 2 Jan. 1839 kan men dit echter niet in strijd met de wet achten, daar dit een geval is, door de wet voorzien. De akte van bewaargeving is in dit geval één met den uitersten wil, en de wetgever heeft, door aan den erflater het vermogen, om eenen olographieschen uitersten wil terug te nemen, toe te kennen, de daarmede vereenigde akte van bewaargeving stilzwijgend hieronder begrepen.

De wet eischt, dat de notaris van de teruggave eene authentieke akte opmake; dit dient tot zijne verantwoording, daar hij daardoor altijd kan toonen, dat de uiterste wil door den erflater is terug-

gevorderd. Het geval had zich dikwijls voorgedaan, dat de erfgenamen, vernomen hebbende, dat de erflater een' olographieschen uitersten wil had gemaakt, doch van de herroeping niets gehoord hebbende, zich om inlichtingen bij den notaris vervoegden; door de authentieke akte van teruggave kan deze zich nu in alle gevallen verantwoorden. Bovendien is de notaris door deze akte verantwoord tegenover zijn repertorium, waarop alle akten, door hem verleden, moeten vermeld zijn.

In art. 982 noemt de wet nog eene beperkte olographiesche beschikking: het is het olographiesch testament uit het Fransche recht [1]), tot een' zeer geringen omvang beperkt. De eenige formaliteiten, welke hier vereischt worden, zijn, dat de erflater het stuk geheel zelf schrijve, dagteekene en onderteekene; de beschikkingen, welke alleen en bij uitsluiting daarin kunnen gemaakt worden, zijn: aanstelling van executeuren, bestelling van begrafenis, en het legateren van kleederen, lijfstoebehooren, bepaalde lijfsieraden en bizondere meubelen. De wetgever geeft aan deze scherp begrensde beschikkingen den naam van „beschikkingen na doode." Hij bezigt deze uitdrukking om aan te duiden, dat het stuk, waarvan hij spreekt, ofschoon

---

1) Art. 970 C. C.

het ook uiterste wilsbeschikkingen bevat, toch niet in den strengen zin des woords een testament of uiterste wil mag heeten; daarom ook heeft hij het in art. 978 niet vermeld. De herroeping van een zoodanig stuk kan geschieden op dezelfde eenvoudige wijze, als het is gemaakt; alle verdere formaliteiten zijn onnoodig. Het stuk blijft immers in handen van den erflater tot aan zijnen dood berusten, zoodat niemand van den inhoud buiten zijnen wil kennis zal dragen; tot het maken er van heeft de erflater niemands bijstand noodig, en waartoe zou men dan tot het herroepen meerdere formaliteiten vorderen?

Het verdonkeren, verscheuren of vernietigen van eenen uitersten wil moet ook gerekend worden tot de herroeping door de daad. Ofschoon onze wet hierover zwijgt, en art. 1039 zegt, dat eene herroeping niet anders kan plaats hebben, dan op de wijzen, welke zij aldaar voorschrijft, toch aarzelen wij niet, ook deze als eene geldige wijze van herroepen aan te nemen. Ook de Fransche schrijvers doen dit, ofschoon de Code hieromtrent geene voorschriften geeft, waarvan Toullier[1]) als reden vermeldt: „parce que la décision depend le plus souvent des circonstances, et demeure

1) V. n. 656.

par conséquent abandonnée à la sagacité du magistrat."

Dat uit de vernieting van eenen uitersten wil in 't algemeen de herroeping daarvan voortvloeit, laat zich gemakkelijk begrijpen; door deze handeling toch geeft de erflater te kennen, dat hij aan den inhoud van het stuk alle kracht wil ontnemen en het als nooit bestaan hebbende wil doen beschouwen; er heeft dus eene wilsverandering plaats. Ofschoon wij dit in 't algemeen aannemen, moet men toch onderscheid maken tusschen olographiesche en openbare en geheime uiterste willen. De vernietiging van deze beide laatstgenoemde zal bij ons niet wel mogelijk zijn, daar deze uiterste willen altijd bij den notaris blijven berusten, en deze, volgens art. 41 der Wet op het Notarisambt, de minuut, niet uit zijne handen mag geven; hierbij zullen wij den hierboven gestelden, algemeenen regel dus niet in toepassing kunnen brengen. Het zal wel onnoodig zijn op te merken, dat de vernietiging van eene expeditie, door den notaris aan den erflater afgegeven, geene herroeping kan teweeg brengen, daar alleen de minuut de eigenlijke uiterste wil is, en deze alleen kan herroepen worden op de wijzen, door de wet vastgesteld. Omtrent de olographische uiterste willen hebben wij reeds vroeger gezien, dat de wet zelve

aan den erflater het vermogen toekent, die van den notaris terug te vorderen. Door de terugneming wordt de uiterste wil als herroepen beschouwd, en al is nu de erflater hier in de gelegenheid, den uitersten wil te vernietigen, toch zal men niet kunnen zeggen, dat hij hierdoor denzelven herroept, daar hij reeds door de terugname zelve herroepen is.

Van eene herroeping door vernietiging zal men dus in den eigenlijken zin alleen daar kunnen spreken, waar de uiterste wil in handen des erflaters is gebleven, zoodat hij naar willekeur hiermede kan handelen. Wij vinden in onze wet[1]) enkele bepalingen, die voor personen, welke in bizondere omstandigheden verkeeren, eigenaardige formaliteiten voor het maken van hunnen uitersten wil vaststellen; wij bedoelen de zoogenaamde bevoorrechte uiterste willen, voor krijgslieden in tijd van oorlog, en voor personen, die zich op eene zeereis of in plaatsen bevinden, waarmede alle gemeenschap uit hoofde van besmettelijke ziekte is verboden. Wat hierbij vooral in het oog valt, is de groote eenvoudigheid der vereischte formaliteiten, maar ook de beperkte tijd der geldigheid dezer uiterste wilsverklaringen. Want zoodra de

---

1) Artt. 993—1000 B. W.

buitengewone omstandigheden, die den eigenaardigen vorm wettigden, hebben opgehouden, blijft aan de geldigheid van den uitersten wil slechts een verdere duur van zes of drie maanden verzekerd; van zes maanden, als hij naar de bepalingen van art. 993, 994 en 995 is gemaakt, van drie maanden, als hij enkel in het onderhandsche stuk bestaat, waarvan art. 998 gewaagt. En terwijl hier slechts drie personen, de ambtenaar en twee getuigen met hem van den inhoud der verklaring kennis dragen, zal ook dit door den testateur kunnen vermeden worden, daar de wet hem veroorlooft, eene zoodanige verklaring geheel zelf schrijven, te dagteekenen en te onderteekenen, zoodat hij haar bestaan kan geheim houden.

Over dergelijke wilsverklaringen behoudt de erflater eene geheel vrije beschikking, daar de bewaargeving bij eenen notaris hier niet vereischt wordt, en bovendien door de omstandigheden meestal niet mogelijk zal zijn. Wanneer nu zulk eene verklaring door de erflater wordt vernietigd, brengt deze daad zonder twijfel de herroeping met zich, want men zal uit deze vernietiging wel geene andere gevolgtrekking kunnen maken dan deze, dat de erflater aan deze wilsverklaring alle kracht heeft willen ontnemen.

Wanneer de erflater meerdere exemplaren van

zijnen uitersten wil heeft gemaakt, en hij vernietigt een daarvan, dan zal hieruit geenszins eene herroeping van den uitersten wil kunnen worden afgeleid. Ieder exemplaar op zich zelf bevat de verklaring van zijnen wil, en heeft als zoodanig kracht en gevolg; zoodat men slechts dan eerst, wanneer alle exemplaren vernietigd zijn, eene herroeping zal kunnen onderstellen. Mochten echter zij, die bij het al of niet bestaan van den uitersten wil belang hebben, door getuigen kunnen bewijzen, dat de erflater met de vernietiging van één of meerdere exemplaren eene herroeping heeft bedoeld, dan zal de beslissing in deze geheel afhangen van het oordeel des rechters, waaraan zij zich hebben onderworpen. Wij meenen, dat men in een dergelijk geval, wanneer uit de verklaring der getuigen de bedoeling des erflaters om door de vernietiging eene herroeping te bewerkstelligen volkomen is gebleken, eene stilzwijgende herroeping mag aannemen, en dat dientengevolge de nog bestaande exemplaren alle kracht verliezen. Hoe dit ook zij, eene dergelijke kwestie zal altijd met groote moeielijkheden gepaard gaan, en er kan niet genoeg op worden aangedrongen, dat de erflater bij het verklaren van zijnen wil, op welke wijze dan ook, de meest mogelijke duidelijkheid in acht neme, en alles zoeke te vermijden, wat aanleiding

geven kan tot verschil van opvatting, en daardoor wellicht tot handelingen, die met zijne bedoeling geheel in strijd zijn.

In het Fransche recht heeft men de vraag, of men door vernietiging eenen uitersten wil kan herroepen, evenals in ons recht in 't algemeen toestemmend beantwoord; echter is er in de toepassing van dezen algemeenen regel nog menig verschil op te merken. Volgens den Code wordt bij olographiesche uiterste willen geene bewaargeving bij eenen notaris vereischt; de erflater houdt het stuk onder zich, en kan er dus mede handelen naar goedvinden. Wanneer hij het nu vernietigt, en daardoor zijn bestaan opheft, dan worden hierdoor zonder twijfel de daarin vervatte beschikkingen herroepen. Laat hij het stuk zelf bestaan, doch schrapt hij enkele beschikkingen door, dan worden deze als herroepen beschouwd, maar de ongedeerde beschikkingen blijven geldig. Een tweede verschil bij deze wijze van herroepen merken wij op bij het geheim of gesloten testament. Terwijl volgens ons recht een zoodanige uiterste wil altijd aan den notaris moet worden ter bewaring gegeven, heeft men in het Fransche recht aangenomen, dat de erflater, na het opmaken der akte van superscriptie, hem zelf bewaren, of aan eenen vriend ter bewaring geven kan. Men maakte

deze gevolgtrekking uit art. 916 C. de Pr., hetwelk zegt: „si, lors de l'apposition des scellés, il est trouvé un testament ou autres papiers cachetés, le juge de paix en constatera la forme extérieure, le sceau et la suscription, s'il y en a; paraphera l'enveloppe avec les parties présentes" etc. — Ook hier zal dus de erflater de vrije beschikking over zijnen uitersten wil behouden, en dien kunnen vernietigen, als het hem goeddunkt; en het zal wel niet twijfelachtig zijn, dat de vernietiging ook hier de herroeping met zich brengt. Wij zullen de verdere gevolgen, die uit het aannemen van dit beginsel volgen, niet nagaan, daar het hierboven gezegde reeds voldoende is om te doen zien, dat ook in dit opzicht het Fransche recht zeer van ons Nederlandsch recht afwijkt.

De herroeping eener beschikking kan ook het gevolg zijn van de herroeping eener andere beschikking. Wanneer b. v. de erflater in zijnen uitersten wil een legaat toekent aan den uitvoerder zijner uiterste wilsbeschikkingen, zonder echter dezen te dier plaatse te noemen, en in een' lateren uitersten wil de benoeming van den uitvoerder herroept, en geen' anderen aanstelt, dan is het legaat herroepen, omdat er geen uitvoerder, en dus ook geen legataris meer is. Hier vloeit dus de herroeping van het legaat voort uit de herroeping

der benoeming van den uitvoerder. Mr. Diephuis [1]) is van meening, dat, als de erflater den uitvoerder met name heeft genoemd, het legaat niet als herroepen kan beschouwd worden, alleen op grond, dat de legataris geen uitvoerder meer is. Hij beroept zich op art. 937 B. W., waar de vermelding eener valsche beweegreden voor niet geschreven wordt gehouden, tenzij het uit den uitersten wil blijken mocht, dat de erflater de beschikking niet zoude gemaakt hebben, indien hij van de valschheid der beweegreden kennis had gedragen. Reeds in het Romeinsche recht kende men dezen regel: „legato falsa causa adjecta non nocet, veluti cum quis dixerit: Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum de lego; vel ita: Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego; licet enim neque negotia testatoris unquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enuntiata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo: Titio, si negotia mea curavit, fundum do lego."

Wij stemmen toe, dat het gevoelen van Mr. Diephuis door het eerste gedeelte van art. 937 volkomen wordt gewettigd, wanneer men aanneemt, dat

---

1) Het Nederl. Burg. recht, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek, IV. n° 1207.

in het door hem genoemde geval de erflater het legaat heeft gemaakt, omdat de persoon, aan wien hij hetzelve maakte, zijn uitvoerder was, zoodat door de herroeping van deze benoeming tot uitvoerder de beweegreden valsch is geworden, en derhalve als niet geschreven moet beschouwd worden. Maar wij vragen: is dit in waarheid de beweegreden geweest, waarom de erflater het legaat aan dien persoon maakte? Dit zal natuurlijk uit de woorden des erflaters moeten blijken, en waar deze duister zijn, zal men zich aan de beslissing van den rechter moeten onderwerpen. Op de bedoeling van den erflater zal het in de eerste plaats aankomen, hetgeen ook uit de slotwoorden van art. 937 blijkt, en reeds vroeger in art. 933 heeft de wetgever er op gewezen, dat men de bedoeling des erflaters vooral in het oog moet houden. Wij gelooven, dat wij de onderscheiding, die het Romeinsche recht maakt, ook in ons recht moeten maken. Wanneer wij b. v. in eenen uitersten wil lezen: „Ik legateer mijn huis aan A., als belooning omdat hij mijn uitvoerder is," doch uit een lateren wil bespeuren wij, dat de erflater deze benoeming van A. tot uitvoerder herroept en B. als zoodanig aanstelt, dan gelooven wij, dat het legaat, aan A. gemaakt, door deze nieuwe benoeming niet herroepen wordt, daar de beweegreden, waarom het

legaat aan A. gemaakt is, valsch is geworden, en dus als niet geschreven moet beschouwd worden. Blijkt het echter, dat de erflater dit legaat niet zoude gemaakt hebben, als hij geweten had, dat A. geen uitvoerder zoude zijn, dan volgt uit de slotwoorden van art. 937, dat het legaat is herroepen door de benoeming van den anderen uitvoerder. Het Romeinsche recht maakt hier de uitzondering „sed si conditionaliter enuntiata fuerit causa" en ook wij nemen die aan; wanneer er dus stond: „ik legateer mijn huis aan A., onder voorwaarde dat hij mijn uitvoerder zal zijn, dan zal zonder twijfel het legaat herroepen worden, wanneer later B. tot uitvoerder wordt benoemd in plaats van A. en de laatste dus niet aan de voorwaarde, waaronder het legaat hem is gemaakt, voldoet.

Nog anders is volgens onze meening het geval, wanneer de erflater eenvoudig heeft gezegd: „ik legateer mijn huis aan A, mijnen uitvoerder;" hier is in de woorden „mijnen uitvoerder" meer eene nadere aanwijzing van den persoon van A gelegen, dan juist de vermelding der beweegreden, waarom aan A. het legaat wordt gemaakt. Wanneer dus de erflater B. tot uitvoerder benoemt, zal het legaat aan A. blijven bestaan, tenzij het alweer duidelijk mocht blijken, dat de erflater deze nieuwe benoeming deed met het doel, om A. het legaat te ontnemen.

Na het hierboven gezegde zal het wel overbodig zijn te herhalen, dat men met het nemen eener beslissing in gevallen, als wij hier behandelden, zeer voorzichtig moet te werk gaan, daar het dikwijls zeer moeielijk zal zijn de bedoeling des erflaters met zekerheid uit zijne verklaringen af te leiden. Men kan dan ook niet als vasten regel aannemen, dat het ophouden der beweegreden altijd eene herroeping ten gevolge heeft, maar men zal ieder voorkomend geval afzonderlijk moeten nagaan, om tot eene beslissing daaromtrent te kunnen geraken.

HOOFDSTUK III.

Het vervallen van uiterste wilsbeschikkingen.

In het vorige hoofdstuk hebben wij nagegaan, hoe uiterste wilsbeschikkingen hare kracht verliezen ten gevolge eener wilsverandering van den erflater, m. a. w. hoe zij worden herroepen; zij kunnen echter ook krachteloos worden en hare werking verliezen, geheel onafhankelijk van den wil des erflaters en van zoodanige gebreken, die van den beginne af hare nietigheid moeten na zich slepen, met andere woorden, zij kunnen ook vervallen. In dezelfde afdeeling, waarin onze wetgever de herroeping behandelt, heeft hij ook over dat vervallen van uiterste wilsbeschikkingen gehandeld, en daarom willen wij hier ook die voorschriften kortelijk nagaan, ofschoon, zooals duidelijk zal uitkomen,

er een groot verschil bestaat tusschen het herroepen en het vervallen eener wilsbeschikking. De wil des erflaters, die bij de herroeping van het hoogste gewicht is, treedt hier niet zoozeer op den voorgrond; wij zullen hier vooral hebben te letten op den erfgenaam en den legataris, op den aard der beschikkingen en op den invloed, dien de omstandigheden daarop uitoefenen. Het spreekt wel van zelf, dat er van geen vervallen sprake is, wanneer de uiterste wilsbeschikkingen door eenig gebrek nietig zijn, daar deze nooit hebben bestaan, en dus ook niet kunnen vervallen. Dwang, bedrog of arglist, krankzinnigheid, verzuim der wettelijke formaliteiten, vermelding van beweegredenen, strijdig met de wet of goede zeden, kunnen alzoo niet beschouwd worden als oorzaken, waardoor uiterste wilsbeschikkingen vervallen, daar deze alle volgens de wet [1]) de nietigheid der beschikkingen ten gevolge hebben.

De eerste en meest natuurlijke oorzaak, waardoor eene uiterste wilsbeschikking vervalt, is wel deze, dat de erfgenaam of legataris, ten wiens behoeve die beschikking gemaakt is, vóór den erflater is overleden. Terwijl de Code in art. 1039 dit bepaalt, heeft onze wetgever dit ten eenen-

---

1) Zie de artt. 940, 942, 1000, 938 B. W.

eenenmale overbodig geacht, daar reeds art. 946 B. W. voorschrijft, dat men, om uit kracht van eenen uitersten wil iets te kunnen genieten, moet bestaan op het oogenblik van den dood des erflaters. Ook ligt dit zelfde opgesloten in de woorden van art. 1048 B. W., waar de beschikking vervallen verklaard wordt, wanneer de gestelde erfgenaam of legataris onbekwaam bevonden wordt om die te genieten, en de dood maakt toch zeker wel meer dan iets anders onbekwaam. Wanneer dus bij den dood des erflaters de persoon, ten wiens voordeele de beschikking is gemaakt, niet meer bestaat, heeft de beschikking geen gevolg. Het recht op het hem toegekende voordeel kan niet op zijne erfgenamen overgaan, om de zeer eenvoudige reden, dat hij eerst bij den dood des erflaters dit recht zou verkregen hebben; daar hij op dat tijdstip niet meer bestaat, heeft hij nimmer eenig recht gehad, en kan het derhalve ook niet nalaten. Bovendien moeten de erfgenamen bewijzen, dat de persoon, voor wien zij optreden, heeft geleefd op het tijdstip, dat het recht aan dezen is opgekomen [1]), en in het genoemde geval zullen zij natuurlijk aan dit wettelijk vereischte niet kunnen voldoen. Uit de wettelijke bepaling blijkt, dat de

---

1) Art. 545 B. W.

erflater wordt beschouwd aan zijne beschikkingen een personeel karakter te hebben gegeven; heeft hij echter ook aan de erfgenamen van den door hem ingestelden erfgenaam of legataris dezelfde rechten willen toekennen, dan zal dit uit zijne woorden moeten blijken. Met het oog op de mogelijkheid dat de ingestelde persoon vóór hem sterft, kan hij b. v. in de volgende bewoordingen zijne beschikking hebben gemaakt: „ik legateer aan A. of zijne erfgenamen." In dit geval zullen de erfgenamen van A., wanneer deze vóór den erflater sterft, hunne rechten op de beschikking kunnen doen gelden, niet omdat zij voor A. bij plaatsvervulling optreden, maar omdat de voorwaarde, waaronder zij zijn ingesteld, namelijk het overlijden van A. vóór den erflater, is vervuld, en zij derhalve zelven legatarissen zijn.

De wet noemt in art. 1044 een der gevallen, waarin eene uiterste wilsbeschikking vervalt; het volgende art. 1045 vormt hiermede één geheel, en wij zullen dus beide artikelen gelijktijdig moeten beschouwen. „Alle beschikking, bij uitersten wil gedaan, onder eene voorwaarde, van eene onzekere gebeurtenis afhangende, en van zoodanigen aard, dat de erflater gerekend moet worden aan het al of niet voorvallen dier gebeurtenis de uitvoering zijner beschikking verbonden te hebben, zal ver-

vallen, indien de gestelde erfgenaam of legataris vóór de vervulling der voorwaarde komt te overlijden. Wanneer de voorwaarde, volgens de bedoeling van den erflater, alleen de uitvoering der beschikking opschort, belet zulks niet, dat de gestelde erfgenaam of legataris een verkregen recht hebbe, hetwelk hij aan zijne erfgenamen overdraagt." — Ofschoon de zin dezer wettelijke bepaling overigens duidelijk is, heeft echter het woord „voorwaarde," in de beide artikelen genoemd, tot wijdloopige en dikwijls zeer uiteenloopende beschouwingen aanleiding gegeven. Vooral Mr. Opzoomer [1]) heeft zijn gevoelen hieromtrent met veel nauwkeurigheid uiteengezet; wij willen zijn betoog kortelijk nagaan. Onze wetgever gebruikt het woord „voorwaarde" dikwijls in eene algemeene beteekenis, en niet altijd in den strengen zin, waarin wij gewoon zijn het tegenover „tijdsbepaling" en „last" te stellen, evenals het Romeinsche recht de conditio stelt tegenover dies en modus. Uit art. 1044 blijkt, dat wij „voorwaarde" aldaar in den strengen zin van het woord hebben op te vatten, hetgeen vooral duidelijk is, wanneer wij nagaan, wat men onder eene voorwaarde heeft te verstaan. Eene voorwaarde is het toevoegsel

---

1) Het Burg. Wetboek verklaard, IV ad artt. 1044 en 1045.

aan eene wilsverklaring, inhoudende, dat het gewilde rechtsgevolg slechts zal plaats hebben bij het voorhanden zijn van eene bepaalde omstandigheid, welke omstandigheid uit haren aard eene toekomstige, onzekere gebeurtenis of eene reeds gebeurde, doch aan partijen nog onbekende zaak moet zijn; was de gebeurtenis eene zekere, dan zou het toevoegsel zijn voorwaardelijk karakter verloren hebben. Door eene voorwaarde wordt dus het recht zelf van eene onzekere gebeurtenis afhankelijk gesteld. De wetgever noemt derhalve in de woorden „van eene onzekere gebeurtenis afhangende, en van zoodanigen aard, dat de erflater gerekend moet worden aan het al of niet voorvallen dier gebeurtenis de uitvoering zijner beschikking te hebben verbonden," juist de kenmerken van het wezen der voorwaarde in den strengen zin, waarom Mr. Opzoomer terecht aanmerkt, dat „art. 1044 inderdaad niets anders zegt, dan dat eene voorwaarde eene voorwaarde is."

In art. 1045 spreekt de wetgever eveneens van eene „voorwaarde," die alleen de uitvoering der beschikking opschort; hier kan, volgens het gevoelen van Mr. Opzoomer, van geene „voorwaarde" sprake zijn, daar deze in den strengen zin van het woord *altijd* het recht zelf aandoet, en niet maar „*alleen* de uitvoering der beschikking opschort."

De zwarigheid is dus hier gelegen in het woord „voorwaarde;" uit de woorden van art. 1045 blijkt dan ook duidelijk, dat de wetgever daar van eene „tijdsbepaling" of „dies," en niet van eene ware „voorwaarde" of „conditio" spreekt, daar van die zoogenaamde voorwaarde gezegd wordt, dat door haar alleen de uitvoering der beschikking, en dus niet het recht zelf wordt opgeschort, welk recht, als terstond verkregen, dus ook noodwendig op de erfgenamen van den bevoordeelde overgaat. Trekken wij het hierboven gezegde in weinige woorden samen, dan komen wij tot dit resultaat: Is de beschikking afhankelijk van eene gebeurtenis, waarvan het onzeker is of zij ooit zal plaats hebben, dan is het eene „voorwaarde," conditio, en raakt het recht zelf; is zij daarentegen verbonden aan eene gebeurtenis, waarvan het wel onzeker is wanneer, maar niet of zij zal plaats hebben, dan is het eene „tijdsbepaling," dies incertus quando, sed certus an, en schort alleen de uitvoering op."

Het gevoelen van Mr. Opzoomer is in strijd met de opvatting van Mr. Diephuis [1]); deze neemt aan, dat het woord „voorwaarde" in art. 1044 en 1045 beide in den strengen zin wordt gebruikt, en dat

---

1) Het Nederl. Burg. recht, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek, IV. n° 1211 vgg.

de dies incertus, de onzekere tijd, met eene voorwaarde moet gelijk gesteld worden. Uit de vereeniging dier beide stellingen volgt dus de leer, dat de conditio en eveneens de dies incertus óf het recht onzeker kan stellen, óf de uitvoering opschorten, en dat alles derhalve van de bedoeling des erflaters zal afhangen. Mr. Opzoomer noemt het resultaat van deze beschouwing „uiterst zonderling;" hij zegt: „Zaken, die gelijk worden gesteld, moeten toch in zich zelve onderscheiden zijn, en met die meening (van Mr. D.) is er in 't geheel geen onderscheid, en is de conditio zelve, als maar de erflater het zoo bedoeld heeft, een dies."

Ofschoon het gevoelen van Mr. Diephuis niet onjuist is bij de gebrekkige redactie onzer wet, meenen wij echter in de beschouwing van Mr. Opzoomer te moeten deelen. Wanneer men in het oog houdt, dat de tijdsbepaling is de dies incertus quando, sed certus an, de voorwaarde daarentegen het toevoegsel, waarbij het onzeker is, of de tijd wel ooit komen zal, en waar het dus een dies incertus an is, kan men aan het woord voorwaarde in beide artikelen niet dezelfde beteekenis geven. De „voorwaarde" van art. 1045 is zoo min een *conditio*, als die van art. 1044 een *dies*. Ook in het Fransche recht, waar wij in art. 1040 en 1041 C. C. het voorschrift onzer wet terugvinden, wordt

door de meeste schrijvers [1]) de aandacht gevestigd op het verschil tusschen eene voorwaarde in den strengen zin en eene tijdsbepaling.

Gaan wij nu nog in 't kort den inhoud onzer beide artikelen na. Volgens art. 1044 zal dus iedere uiterste wilsbeschikking, door den erflater onder eene conditio gemaakt, vervallen, wanneer de gestelde erfgenaam of legataris vóór de vervulling dier conditio komt te overlijden. Hij heeft geen recht op het hem toegekende vóór dat de conditio vervuld is; eerst bij hare vervulling wordt dit recht geboren, zoodat, wanneer hij vóór het tijdstip der vervulling sterft, hij nimmer eenig recht heeft gehad, en het dientengevolge ook niet aan zijne erfgenamen kan nalaten. Aan A. wordt b. v. eene zekere zaak gelegateerd, indien hij met B. trouwt; sterft A. nu vóór dat hij trouwt, dan is hij nimmer legataris geweest, en het legaat vervalt, daar er geen legataris is [2]). Wij merken hierbij het groote verschil op tusschen uiterste wilsbeschikkingen

---

1) Marcadé, Cours élementaire de droit civil français, IV, ad artt. 1040 en 1041 C.

2) Men zie ook een Arrest van het Prov. Ger. in Noord-Holland van 26 Mei 1859 (Wkbl. n° 2085), waarbij beslist werd, dat de making van eene beschikking, ten behoeve van den éénen ingeval van overlijden van den anderen, eene voorwaardelijke erfstelling is, die vervalt, indien de eerste den laatste niet overleeft.

en verbintenissen; bij de laatste wordt de schuldeischer beschouwd voor zich en zijne erfgenamen te hebben bedongen. Volgens art. 1296 B. W. werkt de voorwaarde, indien zij vervuld is, achteruit tot den tijd, waarop de verbintenis is geboren, en gaan de rechten van den schuldeischer, indien deze vóór de vervulling der voorwaarde sterft, op zijne erfgenamen over. Bij uiterste wilsbeschikkingen onder eene voorwaarde, werkt zij, volgens ons artikel, niet achteruit, wanneer de bevoordeelde vóór de vervulling der voorwaarde is overleden.

Tot hiertoe spraken wij allleen van positieve voorwaarden; bij negatieve voorwaarden zullen zich dikwijls meer bezwaren voordoen, voordat men tot eene zekere beslissing kan komen. Wanneer eene beschikking onder eene negatieve voorwaarde is gemaakt, zoodat zij gevolg zal hebben, indien eene zekere gebeurtenis niet zal plaats hebben of de bevoordeelde iets niet zal doen, wordt er ook dan geen recht verkregen, voordat het zeker is, dat het in de voorwaarde uitgedrukte niet zal geschieden? Wanneer b. v. de erflater aan A. eene zekere zaak legateert onder voorwaarde, dat hij niet met B. trouwt, zal hij dan eerst recht op het legaat verkrijgen, als het volkomen zeker is, dat hij niet met B. zal trouwen, of heeft hij reeds

dadelijk een verkregen recht, hetwelk hij bij zijnen dood aan zijne erfgenamen overdraagt? Volgens het Romeinsche recht werd hem de bevoegdheid verleend, de uitkeering van het legaat terstond te vorderen; men zag in deze voorwaarde meer een last, een modus, dan wel eene opschortende voorwaarde. Aan die bevoegdheid was echter de verplichting voor den legataris verbonden om zekerheid te stellen, de cautio Muciana genoemd, voor het geval dat hij de voorwaarde, waaronder het legaat gemaakt was, niet nakwam. De vraag is nu, of men in ons recht dezelfde bevoegdheid en verplichting mag aannemen. Wat de verplichting betreft, deze kan men in geen geval aannemen, daar nergens in de wet daarvoor eenige grond te vinden is; heeft dus de legataris wel het recht om de uitkeering van het legaat te vorderen, dan heeft hij dit zonder eenige verplichting om zekerheid te stellen. Mr. Opzoomer is van gevoelen, dat men hem dit recht noch onbepaald mag toekennen, noch onbepaald mag ontzeggen. „Men verkeert, zegt hij [1]), hier in het geval van art. 932 vlgg. Heeft de erflater het nalaten van eenige daad uitdrukkelijk als voorwaarde gesteld, heeft hij zijn legaat gemaakt onder voorwaarde, dat de erfgenaam iets niet zal doen, dan

1) t. a. p. IV, ad art. 1005.

moet men zich streng aan zijne woorden houden, al schijnt zijne bedoeling ook eene andere, en al zou ook de beschikking geen gevolg hebben. Heeft hij daarentegen zijn' eisch niet juist als voorwaarde uitgesproken, maar zich van eene dubbelzinnige uitdrukking bediend, b. v. ik legateer A, mits hij of wanneer hij niet naar Athene gaat, dan moet men, de waarschijnlijke bedoeling raadplegende, de beschikking onderworpen rekenen niet aan eene conditio, maar aan een' modus" — Bij de beraadslagingen over het Ontwerp van 24 Oct. 1823 vinden wij [1]), in het eerste bijvoegsel van het verslag der centrale afdeeling (31 Dec. 1823), omtrent art. 936 B. W. het navolgende gevoelen van eene der afdeelingen aangeteekend: „De afdeeling heeft het als een gebrek beschouwd, dat in de wet niet waren opgenomen eenige voorwaarden, met toepassing van het recht op dezelve; zij vond in dit artikel eene voorwaarde, en nam alzoo aanleiding om daarbij nog de volgende te voegen." De afdeeling voegde daarop nog vier gevallen hieraan toe, waarvan het derde aldus luidde: „Voorwaarden, afhangende van eene verplichting om iets niet te doen, schorten de uitvoering niet op, wanneer de begunstigde ten behoeve der anderzins

1) Voorduin, IV, ad art. 936.

gerechtigden zekerheid stelt voor de wederuitlevering van het goed met de vruchten, indien hij tegen de voorgestelde voorwaarden handelen mocht."

Men heeft op deze opmerking niet geantwoord, hoezeer de afdeeling er ook op wees, dat op deze punten eene stellige wetgeving noodig was. Wij missen dus in ons recht de door haar verlangde, zoo even genoemde, wettelijke bepaling, hoezeer zij ook op eene zeer gegronde ratio legis zoude berusten. Mr. Diephuis[1]) ontzegt daarom, in strijd met het gevoelen van Mr. Opzoomer, den legataris onbepaald het recht om de uitkeering terstond te vorderen. „Bij het stilzwijgen der wet, zoo lezen wij bij hem, zou ik zwarigheid maken haar als bestaande aan te nemen; de erfgenaam of legataris komt mij voor de afgifte althans niet te kunnen vragen, voordat het zeker is, dat hij zich zou kunnen beroepen op de analogie van art. 1095 B. W.; maar tot eene afgifte tegen het stellen van zekerheid zou de wet hem bevoegd hebben moeten verklaren; bij gebreke daarvan is hij het, mijns inziens, niet." Wij voor ons vereenigen ons echter liever met de door Mr. Diephuis verworpen meening van Mr. Opzoomer, dat men in dit geval aan

1) t. a. p. IV, § 693.

den erflater of legataris het recht om het hem toegekende te vorderen noch onbepaald mag toekennen, noch onbepaald mag ontzeggen. De bedoeling des erflaters zal in deze voorzeker van zeer groot gewicht zijn, en daarop zal men dan ook in de eerste plaats de aandacht moeten vestigen. Wanneer het blijkt, dat de erflater het nalaten van eenige daad, of niet-voorvallen eener zekere gebeurtenis bepaald als voorwaarde, conditio, heeft gesteld, dan meenen wij, dat de erfgenaam of legataris het vorderingsrecht dan eerst zal verkrijgen, wanneer het bepaald zeker is, dat het in de voorwaarde uitgedrukte niet zal geschieden. Is deze zekerheid niet verkregen vóór den dood des begiftigden, dan volgt uit art. 1044, dat de beschikking vervalt. Blijkt het daarentegen, dat de erflater met het stellen der voorwaarde meer een last, eenen modus, heeft bedoeld, dan gelooven wij, dat het recht tot vordering hem dadelijk moet worden toegekend; zoo de begiftigde den hem opgedragen last niet vervult, zal altijd nog de vervallen-verklaring der beschikking kunnen gevraagd worden, zooals wij hierna zullen zien.

Zooals wij reeds hebben opgemerkt, heeft art. 1045 betrekking op beschikkingen, welke met eene tijdsbepaling gemaakt zijn; het is de „dies incertus quando, sed certus an" van het Romeinsche recht.

Hier is het volkomen zeker, dat de erflater aan den erfgenaam of legataris een zeker recht toekent, maar alleen onzeker, wanneer deze dit recht op het hem toegekende zal kunnen doen gelden. Het recht zelf wordt hier niet aangedaan, maar alleen de uitvoering er van wordt opgeschort. Wanneer dus de bevoordeelde sterft, vóórdat de bepaalde tijd der uitvoering is aangebroken, draagt hij natuurlijk zijn recht, als reeds verkregen, op zijne erfgenamen over, welke, zoodra de bepaalde tijd is aangebroken, dat recht zullen kunnen doen gelden. Dikwijls evenwel zal het zeer lastig zijn uit de woorden des erflaters op te maken, of hij eene voorwaarde in den strengen zin, eene conditio, dan wel slechts eene tijdsbepaling heeft bedoeld. Het is dus zeer wenschelijk, dat de erflater zijne bedoeling duidelijk doe kennen, en alles zoeke te vermijden, wat tot onduidelijkheid aanleiding zou kunnen geven. Want al zal men zich zich, zoodra er twijfel bestaat, tot den rechter kunnen wenden, en aan diens oordeel de beslissing der zaak overlaten, toch zal hierdoor niet alle twijfel weggenomen worden, en de mogelijkheid blijven bestaan, dat de woorden des erflaters worden opgevat in een' zin, welken hij er volstrekt niet in heeft willen leggen.

Eene uiterste wilsbeschikking vervalt eveneens,

wanneer de gestelde erfgenaam of legataris de erfenis of het legaat verwerpt, of onbekwaam bevonden wordt om de eene of het andere te genieten. Dit wettelijk voorschrift, hetwelk wij in art. 1048, al. 1, vinden, zal wel geene nadere uitlegging behoeven. Dat door de verwerping de beschikking vervalt, is volkomen duidelijk; zij kan natuurlijk geen gevolg hebben, wanneer hij, ten wiens voordeele zij gemaakt is, weigert het hem toegekende te ontvangen. In het weigeren is men volkomen vrij; niemand is gehouden eene hem opgekomene erfenis te aanvaarden [1]). Door onbekwaamheid van den gestelden erfgenaam of legataris vervalt de beschikking eveneens, hetgeen evenmin twijfelachtig is, daar natuurlijk een eerste vereischte om eene erfenis of een legaat te aanvaarden dit is, dat men tot die aanvaarding gerechtigd is. Wie onbekwaam zijn tot het aanvaarden, heeft onze wetgever in de wet zelve bepaald [2]), en na hetgeen wij reeds bij de behandeling van art. 1042 hebben opgemerkt, zal het wel onnoodig zijn er nader op te wijzen, dat onbekwaamheid hier in dien ruimen zin moet worden genomen, waarin het ook de onwaardigheid omvat. De beschikking vervalt natuurlijk alleen

---

1) Art. 1091 B. W.

2) B. II, Tit. XII, Afd. 2.

voor hem, die verwerpt of onbekwaam is; de overige beschikkingen worden niet gedeerd. Is de gestelde erfgenaam of legataris geheel onbekwaam om iets te genieten, dan vervalt de beschikking geheel. Het kan echter ook voorkomen, dat hij alleen maar onbekwaam is om zooveel te genieten, als hem is toegekend, b. v. in het geval van art. 949 B. W.; hier zal dan de beschikking alleen in zooverre vervallen, als hij onbekwaam is.

De Code geeft in art. 1043 woordelijk hetzelfde voorschrift als onze wetgever; de laatste heeft daaraan echter nog de volgende bepaling toegevoegd, welke in den Code ontbreekt. „Indien bij de beschikkingen voordeelen aan derden waren gemaakt, zullen dezelve in dat geval niet vervallen, maar zal degene, aan wien de erfenis of het legaat opkomt, daarmede belast blijven, behoudens echter de bevoegdheid van dezen, om van de erfenis of van het legaat gaaf en onvoorwaardelijk afstand te doen ten behoeve van dengenen, aan wien de voordeelen waren besproken. Deze tweede alinea werd bij de wet van 29 Maart 1833 (Stb. n°. 25) aan art. 1048 toegevoegd; men is hierdoor aan een groot bezwaar te gemoet gekomen. Wanneer aan eene beschikking een last ten voordeele van derden is verbonden, dan neemt hij, ten wiens voordeele de beschikking is gemaakt, door het aanvaarden

van het hem toegekende voordeel, de verplichting op zich, dien last te volbrengen. Verwerpt hij echter het hem toegekende, of is hij onbekwaam om het te genieten, dan vervalt hierdoor de beschikking, en de verplichtingen, daaraan verbonden, behoeft hij natuurlijk niet na te komen. Er is dus niemand om dien last te volbrengen; hij, die het daaruit ontspringende voordeel zou genieten, ziet zich alzoo daarvan beroofd, en lijdt nadeel door eene hem geheel vreemde omstandigheid. De groote onbillijkheid hiervan bracht onzen wetgever er toe te bepalen, dat hij, aan wien nu de erfenis of het legaat opkomt, belast blijft met de uitkeering van het daarbij aan derden toegekende voordeel, zoodat deze door het vervallen geenszins schade lijdt. De erflater heeft aan derden eenig voordeel toegekend, en de uitkeering daarvan opgedragen aan hen, die uit zijn' uitersten wil een bepaald voordeel zouden genieten. Of nu de gestelde erfgenaam of legataris, of eenig ander, van elders tot die erfenis of dat legaat geroepen, persoon dat voordeel geniet, dit kan op den opgedragen last niet van invloed zijn, daar deze last, volgens de bedoeling des erflaters, niet aan een bepaald persoon, maar aan eene bepaalde beschikking verbonden is. Wanneer b. v. de erflater aan A. een huis heeft gelegateerd, onder den last om jaarlijks eene zekere

geldsom aan B. uit te keeren, dan blijkt hieruit ten eerste, dat de erflater aan B. jaarlijks het genot dier zekere geldsom wil schenken, en ten tweede, dat hij met de uitkeering daarvan hem belast, die het legaat van het huis zal aanvaarden. Vindt A. dezen last te drukkend, en verwerpt hij daarom het legaat, dan zal B., volgens onze wet, daardoor geen schade lijden, maar de erfgenaam, aan wien nu het huis door de verwerping van A. te beurt valt, is niet minder verplicht de jaarlijksche uitkeering aan B. te doen [1]).

De wet heeft echter ook gezorgd voor hem, aan wien, tengevolge van het verwerpen of de onbekwaamheid om te genieten, de erfenis of het legaat opkomt, en die daardoor met den last bezwaard wordt. Het is immers zeer wel mogelijk, dat ook deze bezwaren heeft tegen het volbrengen van den last, en dus eveneens tot verwerping geneigd is. Daarom zegt de wet, in de tweede alinea van art. 1048: „behoudens echter de bevoegdheid van

---

1) Zie ook een Arrest van den H. R. van 17 Maart 1874 (Wkbl. n° 3311): Een erfstelling van een derde gedeelte der nalatenschap is ten behoeve van kinderen gemaakt, onder korting van hetgeen hun vader op het oogenblik van het overlijden des erflaters aan dezen schuldig zou zijn. Bij verwerping vervalt het derde gedeelte op de erfgenamen bij versterf, onder korting van de schuld. Zie ook R. Bijbl. 1871, bl. 689—692.

dezen, om van de erfenis of van het legaat gaaf en onvoorwaardelijk afstand te doen, ten behoeve van dengenen, aan wien de voordeelen waren besproken." Twee wegen staan hem dus open; de eene is, dat hij de erfenis of het legaat aanvaardt, en daardoor zich verbindt den daaraan verbonden last te volbrengen, zooals in het eerste lid van alinea 2 wordt voorgeschreven; de andere, in het tweede lid der genoemde alinea aangewezen, is deze, dat hij de geheele erfenis of het geheele legaat gaaf en onvoorwaardelijk afstaat aan hem, aan wien de uit den last ontspringende voordeelen zijn toegekend. Door dezen laatsten weg in te slaan, zal hij dus zelf niet het minste voordeel genieten, maar aan den anderen kant ook bevrijd blijven van alle moeite en verplichtingen, die eene getrouwe nakoming van den last, dien hij op zich nam, met zich zou kunnen brengen.

In het Fransche recht heeft men, ofschoon de Code hieromtrent geene bepaling bevat, hetzelfde beginsel aangenomen, als door onze wet wordt gehuldigd, hetgeen wij b. v. uit de woorden van Duranton [1]) kunnen opmaken: „ceux, qui recueillent les biens à défaut des héritiers institués ou des légataires grevés eux-mêmes de legs, sont tenus

---

1) t. a. p. IX, n. 457.

d'acquitter ces legs de la même manière que ceux, qui en avaient été chargés par le défunt; et cela est bien plus rationnel."

Men dient bij al hetgeen wij bierboven hebben opgemerkt wel in het oog te houden, dat, wanneer de erflater aan eene beschikking ten voordeele van derden een' last heeft verbonden, welke geheel persoonlijk, of slechts door den aangewezen persoon uitvoerbaar is, de tweede alinea van art. 1048 niet van toepassing kan zijn. Wanneer b. v. de erflater aan A., die als een kundig leermeester in de Italiaansche taal bekend is, een zeker legaat maakt, met den last om zijnen zoon kosteloos les in het Italiaansch te geven, en A. dit legaat verwerpt, dan zal de erfgenaam, aan wien nu dit legaat opkomt, daardoor niet belast blijven met de verplichting, die de erflater aan A. heeft opgelegd. Het is immers zeer wel mogelijk, dat hij deze taal in 't geheel niet kent, of in kennis daarvan verre bij A. achterstaat. Maar ook al is dit niet zoo, dan blijkt toch uit de beschikking des erflaters, dat hij bij voorkeur aan A. dezen last heeft opgelegd, omdat hij van diens kundigheden kennis droeg, en hem dus als een' geschikten leermeester voor zijnen zoon beschouwde. Nu zou het toch wel zoo ongerijmd mogelijk zijn te veronderstellen, dat de erf-

later heeft bedoeld, dat deze last, bij eventueele verwerping van A, zoude overgaan op hem, die dan tot het legaat zou gerechtigd zijn. Uit de woorden en den zin van ons wettelijk voorschrift moet men dan ook opmaken, dat het alleen toepasselijk is op zulke beschikkingen, waarbij ten voordeele van derden een last is opgelegd, die bepaaldelijk aan de erfenis of het legaat zelf is verbonden, maar niet op zulke lasten, die een geheel persoonlijk karakter dragen.

De woorden „in dat geval" in de tweede alinea van ons artikel geven grond tot de gevolgtrekking, dat deze bepaling alleen toepasselijk is op het in de eerste alinea genoemde geval, namelijk het vervallen der beschikking door verwerping of onbekwaamheid van den gestelden erfgenaam of legataris. Mag men dus hetzelfde niet aannemen in andere gevallen, waarin eenige beschikking vervalt? Mr. Asser ontkent dit; hij beperkt de bepaling van het tweede lid tot het in het eerste lid uitgedrukte geval. Mr. Diephuis is van hetzelfde gevoelen, en ook bij Voorduin vinden wij alleen uitdrukkelijk melding gemaakt van het geval van renuntiatie. Wij zien geen kans iets anders aan te nemen; de onnauwkeurigheid van den wetgever is ook wederom hier de oorzaak, dat wij onze wettelijke bepaling in beperkten zin moeten opvatten. Dat er van

eene toepassing van al. 2 geen sprake kan zijn bij de gevallen genoemd in art. 1046 en 1047, waarop wij hierna nog zullen terugkomen, zal wel niemand betwijfelen. Immers hier is het legaat geheel te niet gegaan, en daarmede natuurlijk ook de last, welke er aan verbonden was. Hoezeer nu ook de wet, door de woorden „in dat geval", haar voorschrift beperkt, toch zal men de meeste gevallen hieronder kunnen rangschikken, daar „onbekwaamheid" eene zeer uitgebreide beteekenis heeft. Wanneer b. v. de gestelde erfgenaam of legataris vóór den erflater overlijdt, dan zal hierdoor de gemaakte beschikking vervallen; reeds vroeger hebben wij gezien, dat men dit geval onder onbekwaamheid moet rekenen. Was nu aan de beschikking een last tot uitkeering aan derden verbonden, dan zal zonder twijfel de erfgenaam, aan wien de erfenis of het legaat nu opkomt, met de uitkeering belast blijven, tenzij hij gebruik mocht maken van het recht om afstand te doen, hetwelk hem door de laatste woorden van art. 1048 wordt toegekend. Wanneer de beschikking onder eene voorwaarde is gemaakt, en de gestelde erfgenaam of legataris vóór de vervulling der voorwaarde sterft, dan vervalt zij, zooals wij uit art. 1044 hebben gezien. Zal men nu ook hier, wanneer aan die beschikking een last tot uitkeering was verbonden, het tweede

lid van art. 1048 mogen toepassen? Wij meenen, ook dit geval onder het vervallen door onbekwaamheid te moeten rangschikken, en derhalve ook hier het genoemde artikel te mogen toepassen. Van de vervulling der voorwaarde is de bekwaamheid om als erfgenaam of legataris op te treden afhankelijk gesteld; daar zij niet vervuld is, en die bekwaamheid dus niet bestaat, vervalt de beschikking. Hij, die thans tot de erfenis of het legaat geroepen is, zal met de aanvaarding daarvan ook den daaraan verbonden last op zich nemen.

Tot hiertoe behandelden wij gevallen, waarin de beschikking vervalt door oorzaken, met den bevoordeelden persoon in verband staande; onze wet noemt ook nog een paar gevallen, waarin de beschikking vervalt door oorzaken, die meer op het gelegateerde goed betrekking hebben. Één hiervan vinden wij in art. 1046. „Een legaat vervalt, wanneer het gelegateerde goed, bij het leven van den erflater, geheel is te niet gegaan. Hetzelfde heeft ook plaats, indien het goed, na zijnen dood, zonder toedoen of schuld van den erfgenaaam of van andere personen, door welke het legaat verschuldigd is, te niet is gegaan, ofschoon deze mochten hebben verzuimd dat goed op zijn' tijd uit te keeren, wanneer het, in handen van

den legataris geweest zijnde, eveneens zoude zijn te niet gegaan." De wetgever wijst ons hier op twee verschillende tijdstippen, waarin het gelegateerde goed te niet gaat, namelijk bij het leven en na den dood des erflaters. Dat het legaat vervalt, wanneer het gelegateerde goed bij het leven des erflaters geheel is te niet gegaan, is zeer duidelijk; wanneer het goed bij het openvallen der nalatenschap niet in den boedel aanwezig is, kan het ook niet uitgekeerd worden, zoodat de daarover gemaakte beschikking geen gevolg heeft. Is het gelegateerde goed slechts gedeeltelijk te niet gegaan, dan vervalt het legaat alleen voor dat gedeelte, doch voor het overige blijft het bestaan; het zal worden uitgekeerd met al hetgeen daartoe behoort, en in den staat, waarin het zich op den dag van het overlijden des erflaters bevindt [1]). Wanneer dus b. v. eene kudde beesten is gelegateerd, en er bij den dood des erflaters nog slechts één beest over is, dan zal dit toch aan den legataris moeten uitgekeerd worden. Evenzoo is het, wanneer een schip, dat gelegateerd was, gesloopt is; de overblijfselen blijven als legaat bestaan. Heeft het gelegateerde goed eenige verandering of verbetering ondergaan, ook dan nog

---

1) Vgl. art. 1010. B. W.

zal het aan den legataris toekomen, tenzij het goed zijn zelfstandig bestaan mocht verloren hebben. In dat geval zal men het goed als geheel te niet gegaan moeten beschouwen, daar het heeft opgehouden eene zelfstandige zaak uit te maken.

Uit de woorden „het gelegateerde goed" blijkt, dat de wetgever hier spreekt van het legaat eener bepaalde zaak. Bestond het legaat in eene onbepaalde zaak, doch van eene zekere soort, dan vervalt door het te niet gaan van alle zaken dier aangewezene soort, welke aan den erflater toebehoorden, het legaat geenszins, omdat geene van al deze zaken bepaaldelijk gelegateerd was; de erfgenaam blijft gehouden, aan den legataris eene zaak dier zekere soort uit te keeren: „genera non pereunt." Is het gelegateerde goed na den dood des erflaters door schuld of toedoen van hem, die het moest uitkeeren, te niet gegaan, dan is deze zonder twijfel aansprakelijk voor al hetgeen daaruit voortvloeit, en gehouden om de schade, die hij daardoor veroorzaakt, te vergoeden [1]). Is het goed echter zonder zijn toedoen of schuld te niet gegaan, zoodat het niet meer kan uitgekeerd worden, dan vervalt het legaat, en hij, die met de uitkeering belast was, is vrij van alle verant-

1) Vgl. art. 1273 B. W.

woordelijkheid. Hij is geheel onschuldig aan het te niet gaan van het goed, en het zou voorzeker tegen alle recht indruischen, wanneer men hem toch daarvoor aansprakelijk stelde. Bovendien wint hij er niets bij, dat hij het legaat niet kan uitkeeren; daarentegen zou hij zeer benadeeld worden, wanneer hij toch tot uitkeering verplicht ware. Zijn last mag hij door zijn toedoen niet verlichten, maar zonder zijn toedoen mag zijn last ook niet verzwaard worden. Ook uit art. 1273 B. W. blijkt, dat de schade, die uit het toevallig te niet gaan der gelegateerde zaak voortvloeit, voor rekening van den legataris is. Hij is krachtens den uitersten wil van het overlijden des erflaters af schuldeischer van den erfgenaam of van hem, die verplicht is het gelegateerde goed uit te keeren; de verschuldigde zaak is derhalve van dat oogenblik af voor zijne rekening, en hij draagt dus ook de schade, die uit het te niet gaan dier zaak voortvloeit [1]). Wanneer echter hij, die met de uitkeering belast was, verzuimd heeft die uitkeering op den bepaalden tijd te doen, dan zal hij, hetzij in gebreke gesteld, hetzij door het enkel verloop van den tijd in gebreke zijnde, voor dit verzuim vergoeding verschuldigd zijn. Ook dit volgt uit art. 1273, waar

1) Vgl. art. 1480 B. W.

de zaak voor rekening van den schuldenaar wordt gesteld van het oogenblik af, dat hij nalatig is haar te leveren [1]). In dit geval is er weder aan zijne zijde eenige schuld, welke den legataris niet tot nadeel mag verstrekken; omdat hij niet op den bepaalden tijd aan zijne verplichting heeft voldaan, moet hij ook het nadeel, dat hieruit voortvloeit, herstellen. De wet maakt hierop echter eene uitzondering, namelijk als het goed in handen van den legataris eveneens zoude zijn te niet gegaan. In dit geval zoude de legataris toch geen genot van het gelegateerde goed gehad hebben, en daarom heeft de wet hem, die verzuimd heeft de uitkeering op den bepaalden tijd te doen, doch overigens geheel buiten schuld was, van vergoeding vrijgesteld, en het legaat vervallen verklaard. Hij, die in gebreke is, zal, zoodra hij zich op onvoorziene toevallen beroept om zich van schuld vrij te pleiten, zijne beweringen zooveel mogelijk door degelijke gronden moeten staven; hij kan niet van den legataris vorderen, dat deze het tegendeel bewijze. De beslissing, of het goed in handen van den legataris eveneens zoude zijn te niet gegaan, moet aan het oordeel des rechters worden overgelaten; het valt gemakkelijk te begrijpen, dat

1) Vgl. art. 1279 B. W.

deze in dit onderzoek dikwijls met groote moeielijkheden zal te kampen hebben.

Ons art. 1046 heeft de wetgever woordelijk overgenomen uit art. 1042 van den Code. Ofschoon dus in het Fransche recht dezelfde leer gehuldigd wordt, bestaat er toch, wat de tweede alinea van dit artikel betreft, een groot verschil met het onze. Volgens het beginsel van het Fransche recht, is de legataris, bij het overlijden des erflaters, terstond eigenaar; de uitkeering, het bezit, alleen moet hij van den erfgenaam vorderen. Wanneer dus het gelegateerde goed na den dood des erflaters enkel door toeval verloren gaat, treft al het nadeel, dat hieruit ontstaat, van zelf den legataris, volgens den zeer bekenden regel: „res perit domino."

Men kan dus hier eigenlijk niet van vervallen in den waren zin spreken, daar een legaat vervalt, wanneer het volstrekt geen gevolg heeft, en hier heeft het reeds in zoo verre gevolg gehad, dat de legataris eigenaar van het gelegateerde goed geworden is. De legataris verliest hier het genot van de gelegateerde zaak niet ten gevolge eener bizondere bepaling omtrent de legaten, maar volgens het algemeene beginsel, dat het verlies eener zaak ten nadeele van den eigenaar komt. Hierom zegt Marcadé [1]):

---

1) t. a. p. IV, ad. art. 1042.

„Quant au second alinéa de l'article, il est aussi inexact qu'inutile dans le Code. Puisque le légataire perd alors la chose, non par une règle speciale au cas du legs, mais par un principe général et commun à tous les cas possibles, cet alinéa ne pouvait donc être qu'une application du droit commun; et la disposition portée ici pour fixer les rapports de l'héritier ou autres débiteurs du legs, vis-à-vis du légataire, ne pouvait être que la règle même, à la quelle est soumis tout débiteur d'un corps certain, entre les mains duquel ce corps certain vient à périr; aussi notre alinéa n'est-il qu'une copie anticipée et abrégée de l'art. 1302."

Nog een enkel geval, waarin een legaat vervalt, blijft ons over, hetwelk onze wet in art. 1047 behandelt. Wanneer een rente, inschuld of andere schuldvordering is gelegateerd, doch nog gedurende het leven des erflaters een gedeelte daarop betaald wordt, dan vervalt het legaat ten aanzien van dat betaalde gedeelte. Dit wettelijk voorschrift is zeer duidelijk. Voor zoo verre er betaald is, bestaat natuurlijk geen schuld meer; de legataris kan dus ook van dat gedeelte der schuld geen voldoening meer eischen, en heeft derhalve in zoo verre geen genot van het legaat. De wet spreekt van „eenen derde," omdat, wanneer de legataris zelf de rente, inschuld of andere schuldvordering ten zijnen laste

heeft, hem wel vrijstelling van deze schuld kan worden gelegateerd, maar natuurlijk niet de rente, inschuld of schuldvordering zelve, daar hij in dat geval zijn eigen schuldenaar zou worden. Wanneer hem vrijstelling is gelegateerd, moet dit legaat in zoo verre als vervallen beschouwd worden, als de legataris gedurende het leven des erflaters aan dezen heeft betaald, daar de legataris natuurlijk niet behoeft vrij gesteld te worden van eene schuld, die reeds gekweten is.

HOOFDSTUK IV.

Vervallenverklaring.

Van het vervallen der uiterste wilsbeschikkingen moet men wel onderscheiden de vervallenverklaring. Ofschoon deze, streng genomen, niet tot ons onderwerp behoort, willen wij ook haar niet stilzwijgend voorbijgaan. Onze wetgever heeft de vervallenverklaring in dezelfde afdeeling behandeld, waarin hij zijne voorschriften betreffende het herroepen en vervallen geeft, al heeft hij ook slechts één artikel, 1051, daaraan gewijd. Door het vervallen der beschikking mist deze hare werking, en wordt beschouwd nooit bestaan te hebben; bij de vervallenverklaring daarentegen kan de beschikking wel uitwerking gehad hebben, omdat er alleen maar een last aan haar was verbonden, welke de uit-

werking volstrekt niet heeft opgeschort. De vervallenverklaring doet in dit geval de werking der beschikking ophouden. Onze wet heeft voornamelijk dit geval op het oog: „De vervallenverklaring van uiterste-wilsbeschikkingen kan, na den dood des erflaters, worden gevraagd, ter zake van het niet ten uitvoer brengen der voorwaarden." Bij de behandeling van art. 1044 hebben wij reeds opgemerkt, dat onze wetgever het woord „voorwaarde" niet altijd in den strengen zin gebruikt, waarin wij gewoon zijn het tegenover „tijdsbepaling" en „last" te stellen. Hetgeen wij daar hebben gezegd, is ook hier van toepassing, zoodat wij daarover hier niet in nadere beschouwingen behoeven te treden. Zonder twijfel hebben wij het woord „voorwaarde" in ons artikel in den zin van „last" op te vatten [1]). Eene uiterste wilsbeschikking, waaraan een last verbonden is, kan dus vervallen verklaard worden, wanneer de bij die beschikking bevoordeelde dien last niet vervult. Door deze bepaling heeft de wetgever gezorgd, dat de bevoordeelde, aan wien een last door den erflater is opgelegd, in het nakomen daarvan niet nalatig zij.

De vordering tot vervallenverklaring moet worden ingesteld bij den rechter, binnen wiens rechts-

---

1) Zie Mr. Opzoomer t. a. p., IV. bl. 267.

gebied de erfenis is opengevallen; het vorderingsrecht wordt geboren op het oogenblik dat hij, aan wien de last is opgelegd, in het volbrengen daarvan nalatig is [1]). Die zich op de nalatigheid beroept, zal haar natuurlijk moeten bewijzen. Hoelang men deze vordering kan instellen, bepaalt de wet niet; wij meenen daarom, dat hier de algemeene regel, welken zij geeft, van toepassing is, en dat dus de actie tot vervallenverklaring verjaart door een tijdsverloop van 30 jaren.

Wie de vervallenverklaring kunnen vorderen, zegt onze wet evenmin; het is echter duidelijk, dat allen, aan wie, indien de beschikking niet gemaakt ware, het voordeel zou gebleven of gekomen zijn, en tot wie het vermaakte nu zal terugkeeren of komen, deze vordering kunnen instellen [2]). Dit zijn dus in de eerste plaats de erfgenamen en zij, die met de uitkeering van het legaat belast zijn, en verder allen, die er voordeel bij gehad zouden hebben, indien de beschikking niet gemaakt ware. Ook tegen wien de vordering tot vervallenverklaring moet ingesteld worden, wordt door onze wet

---

1) De uiterste wilsbeschikkingen worden in dit geval dus niet van rechtswege vervallen verklaard.

2) Zie ook Duranton, IX, n. 482: „Cette action appartient à ceux, qui étaient chargés du legs."

niet bepaald; zonder twijfel moet men haar instellen tegen hem, die bij de beschikking, waaraan de last verbonden was, bevoordeeld is [1]). Deze toch is het, die door zijne nalatigheid in het volbrengen van den hem opgelegden last het recht tot vordering der vervallenverklaring doet ontstaan, en wien de gevolgen der vervallenverklaring zullen treffen. Wij meenen zelfs te mogen aannemen, dat ook tegen zijne erfgenamen kan worden geageerd; dezen toch volgen hem op in het genot der beschikking, en er is niet de minste grond tot de veronderstelling, dat de last, die aan dit genot verbonden was, is vervallen, omdat het aan anderen is gekomen.

Het gevolg der vervallenverklaring is, dat de beschikking zooveel mogelijk hare uitwerking mist, en als niet gemaakt wordt beschouwd. De goederen, in de beschikking begrepen, komen dus in handen van hem, ten wiens behoeve de vervallenverklaring is geschied, en wel in denzelfden staat, waarin de bevoordeelde zelf ze heeft ontvangen. Wanneer die goederen door den nu vervallen-

---

1) Zie, ten betooge, dat de rechtsvordering tot vernietiging van eene uiterste wilsbeschikking moet worden ingesteld tegen al de daarbij geroepene particuliere en universeele legatarissen, een Arrest van het Prov. Ger. in Gelderland van 26 Juni 1839. (R. Bijbl. I, bl. 444, 445).

verklaarden erfgenaam of legataris met eenigen last of hypotheek bezwaard zijn, blijft dan deze last of hypotheek op die goederen rusten, en komen zij dientengevolge voor rekening van hem, aan wien die goederen ten gevolge der vervallenverklaring toekomen? Onze wet heeft in de tweede alinea van art. 1051 ontkennend geantwoord: „In dit geval zullen zij, ten wier behoeve de vervallenverklaring zal zijn gedaan, de goederen terugnemen, vrij van alle lasten en hypotheken, welke de vervallenverklaarde erfgenaam of legataris daarop mocht hebben gelegd."

Gedurende den tijd, voordat de vordering tot vervallenverklaring is ingesteld, en dus de gestelde erfgenaam of legataris nog over de goederen kon beschikken, zal het kunnen gebeuren, dat onroerende goederen door hem vervreemd, en daardoor in handen van derden gekomen zijn. Zij, aan wie ten gevolge der vervallenverklaring alle goederen, welke in de beschikking begrepen zijn, en dus ook de onroerende toekomen, zullen die dan natuurlijk niet meer van den vervallenverklaarden erfgenaam of legataris kunnen vorderen. De wet kent hun echter het recht toe, tegen derde houders dier onroerende goederen dezelfde rechten, als tegen den benoemden erfgenaam of legataris, uit te oefenen. De roerende goederen daarentegen kunnen wel van

den erfgenaam of legataris zelven teruggevorderd worden, maar tegen derden, in wier handen zij gekomen zijn, kan niet geageerd worden, omdat roerende zaken geen gevolg hebben. Men kan roerende goederen, welke op eene wettige wijze verkregen zijn, onder derden niet vindiceeren [1]).

Terwijl onze wet als oorzaak, waarom de vervallenverklaring kan gevraagd worden, alleen noemt het niet ten uitvoer-brengen van den last, die aan de beschikking verbonden is, heeft de Code die bepaling tot nog andere gevallen uitgestrekt. De beide artikelen 1046 en 1047 C. C. handelen over de „demande en révocation," hetwelk hetzelfde is als onze vervallenverklaring; deze benaming is echter zeer af te keuren, daar men niet van „révocation" kan spreken, waar niet de erflater zelf tot handelen gerechtigd is. Zij is waarschijnlijk voortgevloeid uit de veronderstelling, dat de erflater, indien hij nog leefde, in dergelijke gevallen zijne uiterste wilsbeschikkingen zelf zoude herroepen.

„Les mêmes causes qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autoriseront la demande en révocation de la donation entre-vifs, seront admises pour la demande

---

1) Vg. art. 2014 B. W.

en révocation des dispositions testamentaires." Aldus lezen wij in art. 1046 van den Code. De oorzaken, door die verwijzing aangeduid, zijn: 1° inexécution des conditions, 2° attentat du légataire à la vie du testateur, en 3° sévices, délits ou injures graves contre le testateur. Hierbij voegt art. 1047 nog, „injure grave envers la mémoire du testateur," maar er wordt daar tevens bepaald, dat men in dit laatste geval de vordering moet instellen binnen het jaar, te rekenen van den dag, waarop het vergrijp heeft plaats gehad. Duranton [1]) heeft beweerd, zich beroepende op de woorden van art. 957 „ou du jour que le délit aura pu être commis par le donateur," dat men naar de analogie van dat artikel moet aannemen, dat deze termijn van één jaar ook berekend wordt van den dag, dat het vergrijp ter kennisse van de erfgenamen is gekomen. Marcadé [2]) verklaart zich ten sterkste hiertegen: „nous croyons, contrairement à M. Duranton, qu'on ne peut pas aller au delà, et ajouter, par analogie avec l'art. 957: „ou du jour où ce délit aurait été connu des héritiers." Il s'agit d'une peine infligée à l'ingratitude; et les peines ne s'étendent pas par ana-

1) IX n. 480.

2) IV ad art. 1047.

logie. Le législateur aura sans doute pensé d'ailleurs, qu'une injure grave faite à la mémoire d'une personne suppose nécessairement un fait, qui a de la publicité, du retentissement, et qu'une année suffira toujours aux héritiers pour connaître ce fait, délibérer à ce sujet, et intenter l'action."

Voor de gevallen, in art. 1046 van den Code genoemd, heeft de Fransche wetgever geen' tijd bepaald, binnen welken de vordering tot vervallenverklaring moet gedaan worden. De meeste Fransche schrijvers [1]) nemen daarom aan, en de geschiedenis van het artikel geeft hiertoe grond, dat men hier den algemeenen regel moet toepassen, en dat dus, bij het niet ten uitvoer brengen van den opgelegden last, de actie binnen 30 jaren moet worden ingesteld, terwijl zij in het geval van misdaden en wanbedrijven moet worden ingesteld binnen denzelfden tijd, welke voor de actie bij het voorkomen van dergelijke misdaden en wanbedrijven door de wet is bepaald.

Men dient echter hierbij wel in het oog te houden, dat de actie tot vervallenverklaring niet kan worden ingesteld, wanneer de erflater denge-

---

1) Duranton, IX, n. 479, is van het tegenovergestelde gevoelen, en meent, dat deze actie, volgens analogie van art. 957, ook in deze gevallen binnen één jaar moet ingesteld worden.

nen, die zich jegens hem heeft vergrepen, vergiffenis heeft geschonken; want het is duidelijk dat men, daar de vervallenverklaring hier berust op de veronderstelling, dat de erflater, zoo hij nog leefde, de gemaakte beschikking zelf zoude herroepen, haar niet kan vorderen, waar de grond tot deze veronderstelling is weggenomen. Door aan den schuldige vergiffenis te schenken, heeft de erflater te kennen gegeven, dat hij diens vergrijp als niet geschied wilde beschouwd hebben.

In het Burgerlijk Wetboek worden de in den Code genoemde gevallen, welke recht geven tot het instellen eener vordering tot vervallenverklaring, niet genoemd; eene dergelijke bepaling zoude ook ten eenenmale overbodig zijn, daar reeds bij artt. 959 en 885 B. W. is voorzien, dat, en in welk geval, uit hoofde van mishandelingen, door den erfgenaam of legataris jegens den erflater gepleegd, deze mitsgaders zijn mede-echtgenoot en kinderen geen voordeel uit de uiterste wilsbeschikking kunnen genieten.

HOOFDSTUK V.

Het Recht van Aanwas.

Wanneer eene geheele uiterste wilsbeschikking of eene erfstelling onder algemeenen titel herroepen wordt, zonder dat eene nieuwe in de plaats daarvan treedt, of ook wanneer zij vervalt, wordt zij beschouwd nimmer gemaakt te zijn. Over het goed, hetwelk het onderwerp dier beschikking uitmaakte, is dus niet meer beschikt, en de wettelijke erfgenamen, aan wie het derhalve toevalt, kunnen hunne rechten daarop doen gelden. Hetzij er nog testamentaire erfgenamen overblijven of niet, in beide gevallen zijn de erfgenamen bij versterf hiertoe gerechtigd; de regel: „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest[1]),"

1) L. 7. D. de Reg. Jur. (50, 17).

welke in het Romeinsche recht van kracht was, geldt in het Nederlandsche recht niet meer. Wordt een legaat herroepen of vervalt het, zoodat de gestelde legataris het hem daarbij toegekende voordeel niet geniet, en de beschikking als niet gemaakt wordt beschouwd, dan valt het gelegateerde goed toe aan hem, die het zou genoten hebben, indien het legaat niet gemaakt was. Dit zijn dus de testamentaire erfgenaam of legataris, die met de uitkeering van het legaat belast was, of ook de erfgenamen bij versterf, indien er geen testamentaire erfgenaam is, maar de erflater slechts eenige legaten heeft gemaakt, met welker uitkeering de erfgenamen bij versterf belast zijn.

Op gelijken grond berust het rechtsinstituut, hetwelk wij hier nog kortelijk willen nagaan, namelijk het Recht van Aanwas, in het Romeinsche recht Jus Accrescendi genoemd. Wanneer namelijk bij eene uiterste wilsbeschikking verschillende personen tot één en hetzelfde geheel geroepen zijn, of, zooals de wet in art. 1049 al. 1 het uitdrukt, wanneer aan hen „gezamenlijk" eene beschikking gemaakt is, en deze ten opzichte van één of eenigen van hen geen gevolg heeft, dan kan men die beschikking alleen ten opzichte van deze laatsten als niet gemaakt beschouwen, maar niet, als in het geheel niet gemaakt. Ten op-

zichte der personen, voor wie geen beletsel bestaat om het hun toegekende voordeel te genieten, blijft zij hare volle kracht behouden. Zij lijden er geen nadeel door, dat de beschikking gedeeltelijk geen gevolg heeft; integendeel, dit is hun veeleer tot voordeel. Het gedeelte, waaromtrent de beschikking geen gevolg heeft, komt niet ten goede van hen, die, zoo de geheele beschikking niet gemaakt ware, tot het geheel gerechtigd zouden zijn, maar van hen, voor wie de beschikking wel gevolg heeft, en die gezamenlijk met de anderen tot het geheel geroepen zijn. Deze wettelijke bepaling vinden wij in de eerste alinea van art. 1049, waaruit wij tevens zien, dat de wetgever hieraan den naam van „aanwas" geeft.

Mr. Opzoomer [1]) vindt deze benaming onnauwkeurig. „Er groeit voor die anderen eigenlijk niets aan, zegt hij, er gaat slechts niets van hen weg [2]). Zij krijgen geen recht, dat zij vroeger niet hadden, zij doen niets meer gelden, dan hun oorspronkelijk recht. Slechts het terrein, waarop het wordt uitgeoefend, is nu grooter geworden. Ieder is van den aanvang af tot het geheel geroepen, en het

---

1) t. a. p. IV, ad art. 1049.

2) Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 603.

moet tusschen hen alleen daarom tot eene deeling komen, omdat juist, terwijl er toch maar één geheel is, meer dan één tot dit geheel geroepen is."

De leer van het recht van aanwas is in het Romeinsche recht [1]) zeer ingewikkeld, vooral door de fijne onderscheidingen, welke men daar maken moest. Deze zijn in den Code Napoléon alle afgeschaft, en ook in ons recht kent men ze niet. De bedoeling des erflaters is niet altijd met zekerheid te bepalen, en het is daarom het doelmatigst een' vasten regel te stellen, welken ook de erflater wordt geacht te kennen, en waarvan hij alleen dan moet geacht worden te hebben willen afwijken, wanneer hij zijnen wil daartoe duidelijk te kennen geeft.

De bronnen, waaruit het jus accrescendi ontstaat, zijn de „necessitas juris", en de „praesumta voluntas testatoris [2])" Bij erfstellingen treedt vooral de necessitas juris op den voorgrond. Wanneer b. v. twee personen A. en B. tot algeheele erfgenamen zijn ingesteld, en één hunner ontbreekt, dan komt de geheele erfenis aan den ander; het

---

1) § 8. Inst. de legat. (II, 20) Zie Puchta, Pandekten § 542; Müller, Lehrbuch der Institutionen § 210.

2) Vgl. Müller, t. a. p. § 179, II.

recht op de nalatenschap, hetwelk deze vroeger met dien ander gezamenlijk had, wordt nu door hem alleen uitgeoefend. Het jus accrescendi heeft hier plaats ex necessitate juris, omdat anders het deel van hem, die niet geniet, aan de heredes ab intestato zoude vervallen, hetgeen in strijd zou zijn met het algemeene beginsel: „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest." Bij legaten vloeit het jus accrescendi meer voort ex praesumta testatoris voluntate [1]). Hier wordt als vermoedelijke bedoeling van den erflater aangenomen, dat het deel van den legataris, die het niet zal genieten, aan zijne medelegatarii zal vervallen. Zoo het jus accrescendi niet bestond, zou dit deel toekomen aan den erflater, die met de uitkeering van het legaat belast is.

De conjunctio, of met andere woorden, het gezamenlijk gemaakt zijn der beschikking, legt den grond tot het jus accrescendi; op deze conjunctio steunt het recht. Zij kan op drievoudige wijze zijn daargesteld: „triplici modo conjunctio intelligitur, aut enim re per se conjunctio contigit, aut re et verbis, aut verbis tantum [2])." In de eerste plaats willen wij nagaan, wie re et verbis conjuncti zijn;

---

1) Müller, t. a. p. § 212.

2) L. 142 D. de verb. sign. (L. 16).

dat zijn zij, aan wie bij ééne en dezelfde beschikking dezelfde zaak is gemaakt, b. v.: Titio et Maevio fundum do lego. Hier blijkt de conjunctio duidelijk uit de woorden zelve, hetgeen ook in de zooeven aangehaalde plaats der Digesten staat: „dubium non est, qui conjuncti sunt, quos et nominum et rei complexus jungit." Re of re tantum conjuncti zijn zij, aan wie wel dezelfde zaak in hetzelfde testament is gemaakt, maar bij afzonderlijke beschikkingen, b. v.: Titio fundum Tusculanum do lego; Maevio eundem fundum do lego. Daar hier de verschillende personen, aan wie dezelfde zaak is gelegateerd, bij afzonderlijke beschikkingen zijn ingesteld, worden zij meestal „disjuncti" [1]) genoemd, en gesteld tegenover de „conjuncti." Men zegt ook wel „separatim illis legari," omdat zij door de afzonderlijke beschikkingen van den erflater gescheiden zijn. Nu blijven nog over de „verbis tantum conjuncti," waaronder wij hen te verstaan hebben, die wel bij ééne en dezelfde beschikking tot dezelfde zaak geroepen zijn, maar aan wie bepaalde aandeelen in die zaak zijn toegewezen, b. v.: Titio et Maevio fundum aequis partibus do lego. Men heeft veel getwist over de vraag, of de collegatarii ook hier het jus accres-

---

1) Vangerow, Lehrbuch der Pandekten § 547, Anm. 2.

cendi genieten. Volgens algemeene rechtsbeginselen en naar de uitspraken der jurisconsulti is het gevoelen van hen [1]) het meest aannemelijk, die zeggen, dat tusschen collegatarii verbis tantum conjuncti geen jus accrescendi plaats heeft. Gaan wij nog even het geheele rechtsinstituut na, om dit duidelijk te maken.

Bij re et verbis conjuncti en re tantum conjuncti is aan ieder de geheele zaak gemaakt; zij zijn om deze reden beiden re conjuncti; of zij verbis conjuncti zijn of niet, doet hier niets ter zake. Bij hen echter, die verbis tantum conjuncti zijn, is niet aan ieder de geheele zaak gemaakt, maar aan ieder zijn deel toegewezen; men kan dus niet zeggen, dat er tusschen hen rei conjunctio bestaat. Evenmin kan men zeggen, dat aan ieder dezelfde zaak is gemaakt; er zijn als het ware zoovele legaten als er personen zijn. De erflater geeft te kennen, dat hij aan ieder slechts het bepaalde gedeelte, maar geen recht op de geheele zaak wil toekennen. Hierom kan het jus accrescendi hier niet van toepassing zijn, en wanneer dus een der collegatarii zijn deel, om welke reden ook, niet geniet, dan komt dit deel niet aan zijne collegatarii, maar aan den erfgenaam, die hiertoe zoude

---

1) Vangerow, t. a. p. § 547, Anm. 1; Windscheid, t. a. p. § 644, 2.

gerechtigd geweest zijn, indien het legaat niet gemaakt was.

Zooals wij reeds gezegd hebben, zijn deze fijne onderscheidingen, die in het Romeinsche recht gemaakt werden, in ons Nederlandsche recht niet bekend. In onze wet worden zij dan ook niet vermeld, zooals blijkt uit artt. 1049 en 1050, alwaar de wetgever zijne algemeene voorschriften omtrent de leer van den aanwas geeft. Reeds dadelijk merken wij op, dat de aanwas hier plaats heeft ex praesumta testatoris voluntate, daar in de beide genoemde artikelen steeds wordt gesproken van: „wordt geacht" en „wordt niet geacht," waaruit duidelijk blijkt, dat wij hier met een wettelijk vermoeden te doen hebben. Ofschoon de wet van dit beginsel uitgaat, spreekt het echter van zelf, dat dit vermoeden zal moeten wijken voor eene stellige verklaring van den erflater, waarbij deze eene tegenovergestelde bedoeling te kennen geeft, zoodat er dientengevolge aanwas plaats heeft, waar die krachtens de wet niet zoude bestaan, of in het tegenovergestelde geval van geen recht van aanwas sprake is, niettegenstaande de wet het zoude veroorloofd hebben, zoo de erflater het niet uitdrukkelijk had uitgesloten.

Aanwas heeft, volgens art. 1049, plaats, ingeval de erfstelling of het legaat aan verscheidene per-

sonen gezamenlijk is gemaakt, en de beschikking ten opzichte van eenigen der mede-erfgenamen of mede-legatarissen geen gevolg kan hebben. In het woord „gezamenlijk" ligt de groote kracht van dit voorschrift, en wij zullen dus in de eerste plaats moeten nagaan, wanneer de erfstelling of het legaat kan beschouwd worden gezamenlijk gemaakt te zijn. De wet zelve stelt hiertoe twee vereischten: 1° het goed moet gemaakt zijn aan verscheidene personen bij ééne en dezelfde beschikking, en 2° de erflater moet niet aan ieder zijn bepaald aandeel in dat goed hebben aangewezen. De erflater moet dus bij ééne en dezelfde beschikking dezelfde zaak aan verscheidene personen hebben toegekend. Heeft hij dezelfde zaak in verschillende beschikkingen gemaakt, zoodat de bevoordeelde personen, volgens het Romeinsche recht, re tantum conjuncti zouden zijn, dan heeft hij zich die personen even weinig vereenigd gedacht, als wanneer hij hun, hoewel hen in dezelfde beschikking noemende, bepaalde deelen aanwijst; want hij geeft door de verschillende beschikkingen duidelijk te kennen, dat hij niet wil, dat die personen de zaak gemeenschappelijk zullen hebben, maar dat zij die zullen deelen, en ieder een gelijk deel daarvan zal ontvangen. Er is maar één geval, waarin de erflater geacht wordt gezamenlijk te hebben gelegateerd, ofschoon hij bij

verschillende beschikkingen in denzelfden uitersten wil dezelfde zaak aan verscheidene personen heeft toegekend; art. 1050 noemt ons dit. Het geval zal zich kunnen voordoen, dat de erflater aan verscheidene personen eene zaak legateert, welke, zonder schade te lijden, niet voor verdeeling vatbaar is, b. v. een huis. Op twee wijzen kan dit legaat gemaakt zijn; bij ééne en dezelfde beschikking, b. v.: ik legateer aan A. en B. mijn huis, of ook bij verschillende beschikkingen, b. v.: ik legateer mijn huis aan A., terwijl de erflater later in denzelfden uitersten wil zegt: ik legateer mijn huis aan B. Volgens onze bepaling wordt het legaat in het laatste geval, evenzeer als in het eerste, als gezamenlijk gemaakt beschouwd, zoodat alle legatarissen gezamenlijk recht op de gelegateerde zaak hebben. Wat anders het in dezelfde zinsnede noemen bewerkt, doet hier de rerum natura. Uit de ondeelbaarheid der zaak moet men afleiden, dat de erflater heeft gewild, dat zijne legatarissen haar gezamenlijk zullen hebben, want men kan niet veronderstellen, dat hij zulk een onnut legaat heeft willen maken, als het zou worden, wanneer men tot eene deeling moest overgaan. Men kan in dit geval evenmin aannemen, dat hij, die met de uitkeering van het legaat belast is, aan den eenen

legataris de ondeelbare zaak, en aan den anderen de waarde dier zaak moet geven, want de erflater, die zaak noemende, heeft ook alleen die zaak en niet hare waarde bedoeld. Hij heeft dus aan beiden dezelfde zaak gegeven, en uit hare ondeelbaarheid volgt, dat niet ieder een deel daarvan zal kunnen ontvangen, maar dat de zaak aan allen gezamenlijk zal toebehooren.

Men houde echter wel in het oog, dat deze afzonderlijke beschikkingen in denzelfden uitersten wil moeten gemaakt zijn; had de erflater in een' eersten uitersten wil zijn huis aan A., doch in een' lateren uitersten wil hetzelfde huis aan B. gelegateerd, dan kan er van geen gezamenlijk legaat sprake zijn, maar men zal aan eene stilzwijgende herroeping van het legaat aan A. moeten denken, zoodat alleen het legaat aan B. gevolg zal hebben [1]). Evenmin zal er aan eene gezamenlijke making kunnen gedacht worden, en derhalve aanwas plaats hebben, wanneer de erflater aan ieder der legatarissen zijn bepaald aandeel in de ondeelbare zaak heeft aangewezen, daar ieder dan slechts voor dat gedeelte, doch niet voor het geheel recht op die zaak heeft, en er in dat geval, volgens art. 1049, al. *b*, geen aanwas plaats heeft.

---

1) Zie art. 1041 B. W.

Als tweede vereischte toch tot het gezamenlijk gemaakt zijn noemt de wet, dat de erflater niet aan ieder der mede-erfgenamen of mede-legatarissen zijn bepaald aandeel in het goed heeft aangewezen. Ook dit wettelijke voorschrift steunt op den vermoedelijken wil des erflaters, daar deze door de bepaalde aanwijzing van ieders deel wordt geacht te kennen te geven, dat hij aan ieder slechts dat gedeelte van het gelegateerde goed, doch niet meer, wil schenken. Heeft de erflater dus gezegd: ik benoem A., B. en C. tot mijne erfgenamen, ieder voor een derde gedeelte, dan zal, wanneer C. om eenige reden geen erfgenaam kan zijn, diens derde gedeelte niet door aanwas aan A. en B. komen, maar de wettelijke erfgenamen zullen hiertoe gerechtigd zijn [1]). De wet heeft echter aan dit

1) Men zie ook een Arrest v. h. Prov. Ger. van Gelderland van 29 Juni 1870 (Wkbl. n°. 3252): De erfstelling, waarbij 1° A., 2° B. en 3° al de kinderen, reeds geboren of nog zullende geboren worden uit het huwelijk van C. en D. te zamen, onder aftrek van al hetgeen C. aan de erflaatster schuldig zal zijn op het oogenblik van haar overlijden, ieder voor een derde tot eenige erfgenamen harer nalatenschap worden benoemd en gesteld, kan niet geacht worden *gezamenlijk* gemaakt te zijn. Bij verwerping door C. (als vader en bewindhebber over de goederen zijner minderjarige kinderen) van hun erfdeel, kan er alzoo geen sprake zijn van aanwas ten voordeele van A. en B. De erfgenamen bij versterf worden alsdan slechts gerechtigd tot het opengevallen derde deel, onder aftrek van de schulden van C.

voorschrift toegevoegd, dat de uitdrukking: „voor gelijke aandeelen of gedeelten" niet moet geacht worden de aanwijzing van een bepaald aandeel te zijn; de bevoordeelde personen hebben dan in den eigendom gelijke deelen pro indiviso, en de erflater wordt geacht met deze uitdrukking een gemeenschappelijk hebben te bedoelen. Geheel anders zal alzoo het hierboven genoemde geval worden, wanneer de erflater heeft gezegd: ik benoem A., B. en C. tot mijne erfgenamen, ieder voor een gelijk gedeelte of aandeel; in dat geval zal er, wanneer C. wegvalt, zonder twijfel aanwas plaats hebben, en diens aandeel aan A. en B. toekomen. Ofschoon dus het gevolg dier beide beschikkingen, wanneer A., B. en C. allen aanvaarden, hetzelfde zal zijn, daar zij in beide gevallen ieder een derde gedeelte der nalatenschap zullen ontvangen, toch zal, bij het wegvallen van één hunner, de wijze, waarop de erflater hem heeft ingesteld, een groot verschil in de uitkomst kunnen te weeg brengen.

De wet zegt: „er zal aanwas plaats hebben ten voordeele van de gestelde erfgenamen of legatarissen;" moet men hieruit opmaken, dat de aanwas nooit ten hunnen nadeele zal zijn? Voorzeker niet; want volgens art. 1105 wordt het erfdeel van hem, die eene erfenis heeft verworpen, ook door recht van aanwas door zijne mede-erfgenamen ver-

kregen, en volgens art. 1098 vermag hij, die voor zijn aandeel eene erfenis heeft aanvaard, het aandeel niet verwerpen, hetwelk hem door recht van aanwas is opgekomen. Hij, die tot eene erfenis geroepen is, kan immers zeer goed in het aanvaarden van het hem toegekende erfdeel meer nadeel, dan voordeel zien, en het derhalve verwerpen. Zijne mede-erfgenamen, die voor hun aandeel hebben aanvaard, zullen nu ook het door hem verworpene aandeel moeten aanvaarden, en zullen daardoor ook al de gevolgen dragen, die hieruit voortvloeien. In dat geval zal de aanwas hun waarschijnlijk meer tot nadeel, dan tot voordeel zijn. Het blijkt dus, dat men de woorden „ten voordeele" niet in de strenge beteekenis van het woord moet opvatten, maar dat de wetgever met deze uitdrukking eenvoudig heeft willen zeggen, dat het erfdeel door den aanwas grooter wordt.

Wanneer aan een der mede-legatarissen een last is opgelegd, en het legaat ten zijnen opzichte geen gevolg heeft, zal dan door den aanwas ook die last op zijne mede-legatarissen overgaan? Mr. Diephuis [1]) meent, dat de beslissing in dit geval zal afhangen van de vraag, of de last te niet gaat,

---

1) t. a. p. IV, § 1235.

door dat de legataris niet geniet, dan of, volgens art. 1048, al. *b*, de last overgaat op hen, die thans tot het legaat gerechtigd zijn. Ook wij gelooven, dat hier alles zal afhangen van den aard van den last; is hij bepaald aan het genot van het legaat zelf verbonden, dan voorzeker zullen ook de medelegatarissen, die door aanwas het genot daarvan verkrijgen, evenzeer tot het volbrengen van dien last verplicht zijn, volgens de tweede alinea van art. 1048. Is echter de last geheel persoonlijk, en blijkt het, dat de erflater dezen alleen aan dien bepaalden persoon heeft willen opleggen, dan zal hij zonder twijfel te niet gaan, wanneer het legaat ten opzichte van dien bepaalden persoon geen gevolg heeft [1]). Wanneer de erflater uitdrukkelijk heeft bepaald, dat de last niet zal overgaan, kan er natuurlijk geen twijfel bestaan.

Ofschoon men uit de woorden van onze wet zoude moeten besluiten, dat er alleen in het geval, dat in de beide artikelen 1049 en 1050 bedoeld wordt, aanwas zal kunnen plaats hebben, toch zal het wel niet twijfelachtig zijn, dat er ook daar aanwas wezen zal, waar de erflater dit

---

1) Men vergelijke hierbij, wat wij reeds bij de behandeling van art. 1048 hieromtrent hebben opgemerkt. Zie ook Windscheid, t. a. p. § 603, n. 4.

uitdrukkelijk heeft bepaald[1]). Gelijk wij gezien hebben, steunt het voorschrift, in de genoemde artikelen vervat, op een wettelijk vermoeden, maar zonder twijfel zal men met nog meer recht tot de toepassing van het recht van aanwas besluiten, waar dat wettelijk vermoeden niet aanwezig is, maar waar eene uitdrukkelijke wilsverklaring van den erflater hieromtrent bestaat. Wanneer b. v. de erflater in eenen uitersten wil A. tot zijnen algeheelen erfgenaam instelt, en bij eene latere uiterste wilsverklaring B. tot zijnen erfgenaam benoemt, er bij voegende, „om met A. gezamenlijk tot de geheele erfenis te komen," dan zullen A. en B. gelijke rechten op de nalatenschap hebben, zoodat bij scheiding aan ieder de helft daarvan zal toekomen. Verwerpt B. nu, dan zal er zonder twijfel aanwas plaats hebben, en A. zal tot de geheele nalatenschap gerechtigd zijn. Het recht van aanwas wordt hier in toepassing gebracht ten gevolge der uitdrukkelijke verklaring van den erflater, terwijl het, bij het niet aanwezig zijn dier verklaring, voorzeker geen plaats zou hebben, maar het gevolg dier tweede erfstelling dit zou zijn, dat de eerste hierdoor stilzwijgend herroepen werd.

Ook de Code heeft, evenals ons Nederlandsch

---

1) Vgl. Windscheid, t. a. p. § 604.

Burgerlijk Wetboek, twee artikelen 1044 en 1045 aan de leer van den aanwas gewijd; maar, ofschoon de inhoud grootendeels met ons wettelijk voorschrift overeenkomt, toch kenmerkt onze wet zich door meerdere volledigheid. „Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires, dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement." Deze bepaling, welke wij in art. 1044 al. *a* vinden, is voorzeker niet van onvolledigheid, om niet te zeggen van onjuistheid, vrij te spreken. Immers eerst dan zal er aanwas plaats hebben, wanneer de beschikking ten opzichte van eenigen der mede-erfgenamen of mede-legatarissen geen gevolg kan hebben, en het spreekt wel van zelf, dat er geen aanwas plaats heeft, indien alleen maar „le legs sera fait à plusieurs conjointement." Zonder de genoemde bijvoeging, welke wij in onze wet vinden, heeft het wettelijk voorschrift geen' gezonden zin.

Verder ontbreekt aan art. 1044 van den Code, hetgeen alinea 3 van ons art. 1049 zegt, namelijk, dat de uitdrukking: „voor gelijke aandeelen of gedeelten" niet als de aanwijzing van een bepaald aandeel moet beschouwd worden. Door het gemis aan deze bepaling is er verschil van gevoelen ontstaan over de vraag, of men eene dergelijke uitdrukking voor de aanwijzing van

een bepaald aandeel moet houden, of niet. Eenige Fransche schrijvers, waaronder Toullier [1]) en Duranton [2]), zijn van meening, dat men deze uitdrukking niet als de aanwijzing van een bepaald aandeel moet beschouwen, maar dat men ze moet verstaan, als stond er: „om naar gelijke aandeelen te verdeelen." Wanneer b. v. de erflater heeft gezegd: „Je lègue le fonds Cornélien à Pierre et à Paul par égales portions," dan moet men, volgens hunne meening, deze beschikking zoo opvatten, als had hij gezegd: „Je lègue le fonds Cornélien à Pierre et à Paul pour le partager par égales portions." De erflater wijst dus, volgens hen, in dit geval niet aan ieder zijn deel aan, maar de woorden „par égales portions" hebben betrekking op de uitvoering der beschikking, en niet op de toekenning van het recht, op de beschikking zelve. Terwijl andere Fransche schrijvers het tegendeel beweren, en de genoemde uitdrukking wel als de aanwijzing van een bepaald aandeel beschouwen, neemt Marcadé aan, dat men geene bepaalde beslissing omtrent deze kwestie nemen kan, maar bij ieder voorkomend geval de omstandigheden zal moeten raadplegen. Hij

1) t. a. p. IV, n. 691.

2) t. a. p. IX, n. 505, 507.

zegt[1]: „Puisque tout gît ici dans l'intention, laissez donc le juge de chaque fait particulier apprécier cette intention d'après le degré et le genre d'instruction du testateur, d'après la plus ou moins grande précision de ses rédactions ordinaires et surtout de son testament, d'après le rapprochement des diverses parties de ce testament, en un mot, d'après l'ensemble des circonstances, et gardez-vous de poser ici à priori une règle inflexible, qui serait fausse quatre-vingt dix fois sur cent."

Eene belangrijke vraag blijft ons nog over, namelijk, of het recht van aanwas ook op de erfgenamen overgaat? Stel b. v. het geval, dat aan A., B. en C. gezamenlijk een legaat is gemaakt. A. aanvaardt dit legaat, doch sterft plotseling daarna, eenen erfgenaam nalatende. Vervolgens aanvaardt ook B., maar C. verwerpt. Zal nu, omdat A. dood is op het oogenblik, dat het legaat van C., ten gevolge van diens verwerpen, vervalt, door B. alleen het recht van aanwas genoten worden; of zal ook de erfgenaam van A., die in zijne plaats optreedt, hierop aanspraak kunnen maken? Wij meenen, dat de erfgenaam van A., evenzeer als B., hiertoe gerechtigd zal zijn. Door de aanvaarding heeft A. het volle recht op het

---

1) t. a. p. IV, ad art. 1044.

legaat verkregen, en dit recht is door zijnen dood op zijnen erfgenaam overgegaan. Zijn erfgenaam is dus, evenals hij zelf, gezamelijk met B. en C. tot het geheele legaat geroepen, en het lijdt derhalve geen twijfel, dat ook hij, daar C. het legaat verworpen heeft, het genot van den aanwas zal hebben, evengoed als A. het zou gehad hebben, indien hij nog leefde. Bij scheiding zal dus de erfgenaam van A., evenals B., de helft van het gelegateerde goed verkrijgen.

Nog eene enkele opmerking voegen wij ten slotte hieraan toe. Wanneer de beschikking ten aanzien van alle personen, die daarbij gezamenlijk tot hetzelfde geheel geroepen zijn, gevolg kan hebben, en zij allen aanvaarden, dan ontvangt bij scheiding ieder zijn deel, en de band, die hen tot hiertoe verbond, het gezamenlijk geroepen zijn, wordt verbroken. Wanneer dus A. en B. gezamenlijk tot algeheele erfgenamen zijn ingesteld, en zij beiden aanvaarden, dan verkrijgt ieder bij scheiding de helft der nalatenschap; van dit oogenblik af zijn zij voor altijd eigenaar van het door hen verkregen deel, en geen van beiden heeft eenig recht meer op het aandeel des anderen. Men denke zich het geval, dat B. eenigen tijd, nadat de scheiding heeft plaats gehad, sterft; dan gaat, met al hetgeen hij verder moge nalaten, natuurlijk ook dat

verkregen deel der nalatenschap, waartoe hij eenmaal met A. gezamenlijk geroepen was, op zijne erfgenamen over. Nimmer kan hier van aanwas sprake zijn, waardoor A. tot het deel van B. zoude gerechtigd zijn; alle recht van aanwas is onmogelijk geworden, nadat ieder zijn deel heeft ontvangen, en daardoor onherroepelijk eigenaar geworden is. Dat er een tijd was, waarin A. en B. gezamenlijk tot het geheel waren geroepen, kan hierop niet den minsten invloed uitoefenen; slechts zoolang die band hen noch aan elkander verbond, was er aanwas mogelijk, maar daarna heeft alle betrekking tusschen hen opgehouden te bestaan. Uit dit alles blijkt duidelijk, dat men zeer te recht heeft gezegd, dat door de aanvaarding van alle mede-erfgenamen of mede-legatarissen het recht van aanwas geheel en voor altijd onmogelijk wordt gemaakt.

Ons wettelijk voorschrift omtrent het recht van aanwas heeft aanleiding gegeven tot de volgende belangrijke vraag: „Geldt de regel van opvatting eener testamentaire beschikking, geschreven in art. 1049 B. W. alleen bij aanwas, of moet die als een algemeene regel van uitlegging worden aangemerkt"? Deze vraag werd in den laatsten zin beslist door den Hoogen Raad bij Arrest [1]) van

1) Zie W. n° 912.

28 April 1848, waarbij bevestigd werd het Arrest[1]) van het Provinciale Hof van Gelderland van 24 November 1847. De Hooge Raad nam deze beslissing op ongeveer de navolgende gronden: „Vermits het tweede lid van art. 1049 in zeer algemeene bewoordingen is vervat, en uit de bepaling van het eerste lid, wanneer er aanwas zal plaats hebben, nog niet volgt, dat de wetgever het tweede lid alleen in geval van aanwas zoude hebben willen doen gelden, en verder de algemeenheid van dat tweede lid nog uit het daarop volgende art. 1050 kan worden opgemaakt; terwijl bovendien geen reden is uit te denken, waarom de wetgever het voorschrift van gezegd tweede lid, dat kennelijk dienen moest om, in navolging van het Fransche Burgerlijke Wetboek, menigvuldige moeielijkheden af te snijden, die vroeger uit het Romeinsche recht waren voortgevloeid, alleen tot het geval van aanwas zoude hebben willen beperken."

De regel, welken wij in art. 1049 vinden, zal men dus als eenen algemeenen regel van uitlegging moeten aanmerken. Indien men derhalve eene testamentaire beschikking heeft van den navolgenden inhoud: „Ik stel, benoem en institueer bij deze tot eenige en algeheele erfgenamen van alle mijne

---

1) Zie W. n° 902.

nagelatene, onroerende goederen enz. mijne nicht B., alsmede de kinderen van mijnen neef C.," dan moet die beschikking in dien zin worden uitgelegd, dat de nicht B. moet geacht worden tot een gelijk aandeel met elk der kinderen van C. te zijn geroepen, zoodat zij, even als ieder der kinderen van C., een vijfde deel der nalatenschap zal verkrijgen. Geenszins moet worden verstaan, alsof de gezamenlijke kinderen van C. als één persoon optreden, en dus aan hen en aan B. ieder de helft der nalatenschap moet gegeven worden.

Het hierboven gezegde achten wij voldoende tot toelichting van het voorschrift onzer wet en van de leer van den aanwas, voor zoover zij met ons onderwerp in betrekking staat. Tot eene meer nauwkeurige beschouwing van dit rechtsinstituut wordt eene afzonderlijke behandeling vereischt, waarvoor het hier de plaats niet is.

STELLINGEN.

I.

Het gevoelen van Paulus in l. 97 D. de adqu. hered. (XXIX, 2), dat hij, die uit een later testament, waarvan hij de nietigheid niet kende, de erfenis heeft aanvaard, nog uit het eerste testament kan aanvaarden, verdient de voorkeur boven het, in de aangehaalde lex medegedeelde, gevoelen van Papinianus.

II.

In l. 22 D. de legatis 3° (XXXII) zijn de woorden: „Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis se poenituisse, et voluisse,

ut legatarius plura legata accipiat," geen emblema van Tribonianus, gelijk Cujacius (Obs. XIV, 7) beweert.

III.

Het testament blijft jure civili geldig, wanneer de erflater de akte vernietigd, de zegels losgerukt, of de erfstelling opzettelijk doorgehaald heeft.

IV.

Ten onrechte beweert Troplong (le Droit civil expliqué, Tome IV, n° 2065): „La révocation du second testament ne suffit pas pour faire revivre le premier; il faut qu'en outre le testateur manifeste formellement qu'il entend réhabiliter le premier testament, précédemment révoqué."

V.

Vervreemding van het gelegateerde goed, die nietig is, heeft geene herroeping van het legaat ten gevolge.

VI.

Ten onrechte zegt Duranton (Cours de droit Français XI, 459): „Le legs est révoqué d'une

manière absolue, quelle que soit la cause de l'aliénation; et il en serait probablement de même, quoiqu'elle n'eût lieu que sous une condition, qui serait venue à défaillir."

VII.

Het gevoelen van Mr. Diephuis (Het Nederl. Burg. recht, naar de volgorde van het Burg. Wetb. IV. § 1211 vlg.), dat het woord „voorwaarde" in artt. 1044 en 1045 B. W. in den strengen zin moet worden opgevat, en dat de dies incertus met eene voorwaarde moet gelijk gesteld worden, is niet juist.

VIII.

Het ware wenschelijk, dat de navolgende bepaling, door eene der afdeelingen bij de beraadslagingen over het ontwerp van 1823 voorgesteld, in het Burg. Wetboek was opgenomen: „Voorwaarden, afhangende van eene verplichting om iets niet te doen, schorten de uitvoering niet op, wanneer de begunstigde, ten behoeve der anderzins gerechtigden, zekerheid stelt voor de wederuitlevering van het goed met de vruchten, indien hij tegen de voorgestelde voorwaarde handelen mocht."

IX.

Het recht van aanwas gaat op de erfgenamen der mede-erfgenamen of mede-legatarissen over.

X.

Het legaat eener bepaalde zaak moet als herroepen beschouwd worden, wanneer de erflater in een' lateren uitersten wil dezelfde zaak aan een ander persoon legateert. Ten onrechte beweert dus Toullier (V, n. 645): „Si rien n'annonce, que le testateur ait eu la volonté de révoquer le premier legs, ils subsisteront tous les deux."

XI.

Een debiteur heeft geen recht, de nietigheid van een testament in te roepen tegen den erfgenaam ex testamento, die tegen hem ageert tot invordering van eene schuld der nalatenschap.

XII.

De uitkeering der geldelijke belooning, in de dagbladen toegezegd aan den eerlijken vinder, die zeker verloren voorwerp aan den eigenaar terug-

brengt, kan door den vinder, die het bewuste voorwerp werkelijk heeft teruggebracht, in rechten gevorderd worden.

XIII.

Hij, die in een vlaag van krankzinnigheid eene onrechtmatige daad heeft gepleegd, is niet aansprakelijk voor de schade, daardoor veroorzaakt.

XIV.

Ook bij verkeerde toepassing of schending van costumier ongeschreven recht is men ontvankelijk in cassatie.

XV.

Een vreemdeling kan hier te lande de cautio judicatum solvi van een' vreemdeling vorderen.

XVI.

De schuldeischer, die in een door zijnen gefailleerden schuldenaar aangeboden accoord toestemt, verliest zijne rechten tegen den borg, indien dat accoord tot stand komt.

XVII.

De acceptant van eenen wisselbrief kan aan eenen lateren houder, die te goeder trouw is, niet tegenwerpen, dat zijne acceptatie door eenen vroegeren houder door bedriegelijke middelen is verkregen.

XVIII.

De curator in een failissement heeft het recht, de telegrammen, geadresseerd aan den gefailleerde, te openen.

XIX.

Hij, die willens en wetens den koopprijs van gestolen goed in betaling ontvangt, kan niet als medeplichtige aan den diefstal worden gestraft.

XX.

De medeplichtige aan den, voor de eerste maal door de ongehuwde moeder gepleegden kindermoord, is naar de wet ten volle strafbaar.

XXI.

Hij, die eenen ander, zelfs op zijn eigen drin-

gend verzoek, doodt, is strafbaar volgens art. 295 C. P.

XXII.

Het toevallig vinden, en voor zich behouden van voorwerpen, stelt geen diefstal daar.

XXIII.

Te recht is in het nieuwe ontwerp van een Nederlandsch Wetboek van Strafrecht, het tweegevecht als een zelfstandig misdrijf beschouwd.

XXIV.

Het afleggen van valsch getuigenis door een persoon beneden de zestien jaren, die bij vergissing onder eede gehoord is, is niet strafbaar.

XXV.

De gewoonte, om in criminele zaken een der jongste advocaten den beschuldigde als verdediger toe te voegen, is af te keuren.

XXVI.

Art. 66 der Grondwet geeft aan den Koning het

recht om gratie te verleenen, ook indien de veroordeelde die niet inroept.

XXVII.

Het stelsel van weezenverpleging bij uitbesteding, mits goed georganiseerd en onder goed toezicht geplaatst, is verre te verkiezen boven verpleging in weeshuizen en gestichten.

XXVIII.

Het is beter de werkuren, dan de werkdagen te verminderen.

XXIX.

Te recht zegt Mr. N. G. Pierson (Grondbeginselen der staathuishoudkunde): „Niet alleen de physieke, ook de intellectueele kracht heeft waarde, en menige bevolking is slechts daarom achterlijk in welvaart, omdat zij achterlijk is in verstandelijke ontwikkeling.